

Busso Peus

Das Rechtsinstitut
der Baulast

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0028

DAS RECHTSINSTITUT DER BAULAST

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von

Busso Peus
aus Hildesheim



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. W. Ernst

Dekan: Prof. Dr. H. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 25. April 1969

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>I. Kapitel:</u> Begriff, Geschichte und heutige Problematik der Baulast	1
§ 1 Begriff	1
§ 2 Geschichte	3
I. Bisherige gesetzliche Grundlagen	3
II. Bewährung in der Praxis	7
III. Behandlung im Schrifttum	9
§ 3 Heutige Problematik	14
I. Die Hauptprobleme	14
II. Ziel der Untersuchung	16
III. Prämissen und Auslegungskriterien	16
IV. Plan der Darstellung	22
<u>II. Kapitel:</u> System des Baurechts	22
§ 4 Materielles Baurecht, Bauverfahren und Verfassungsrecht	22
I. Geschichtliches	22
II. Das Bauplanungsrecht	25
III. Das Bauordnungsrecht	29
IV. Das Bauverfahren	30
V. Baurecht, Verfassungsrecht und Baulast	32
<u>III. Kapitel:</u> Anwendungsbereich und Inhalt der Baulast	35
§ 5 Der Anwendungsbereich	35
I. Die Problematik	35
II. Bestimmung der Baurechtlichkeit	36
III. Anwendbarkeit im Bauplanungsrecht	38
IV. Unabhängigkeit von einem Bauverfahren	44

	<u>Seite</u>
§ 6 Der Inhalt	51
I. Die Problematik	51
II. Die gemeinsamen Merkmale der drei Alternativen	53
III. Das positive Tun	56
IV. Das Unterlassen	64
V. Das Dulden	78
<u>IV. Kapitel: Die Entstehung der Baulast</u>	79
§ 7 Überblick	79
§ 8 Der Baulastübernehmer	79
I. Der Eigentümer	79
II. Andere Personen	81
§ 9 Die Baulasterklärung	86
I. Die Problematik	86
II. Die Voraussetzungen der Erklärung	87
III. Die möglichen Kausalverhältnisse	93
§ 10 Das öffentliche Interesse	94
I. Die Problematik	94
II. Allgemeines	95
III. Die Arten des öffentlichen Interesses und die Kriterien für ihr Vorliegen im Einzelfall	96
§ 11 Die Eintragung	102
I. Die Problematik	102
II. Einseitiges Rechtsgeschäft oder öffentlich-rechtlicher Vertrag	102
III. Obligatorische Eintragung oder Ermessen	104
IV. Volle Nachprüfbarkeit oder Beurteilungsspielraum	105
V. Zustimmungserfordernisse	109
VI. Die Wirkung der Eintragung	109
VII. Die Rechtsmittel bei Eintragungsverweigerung	112

	<u>Seite</u>
<u>V. Kapitel:</u> Die Wirkung der Baulast	113
§ 12 Überblick	113
§ 13 Die Wirkung gegenüber dem Baulast- übernehmer	114
I. Die einzelnen Wirkungen	114
II. Dispensmöglichkeit	115
§ 14 Die Wirkung gegenüber dem Rechts- nachfolger	116
I. Die Bedeutung der Rechtsnach- folgeklausel	116
II. Der Begriff des Rechtsnachfol- gers	118
§ 15 Die Wirkung der Baulast auf bestehen- de Rechte Dritter	122
I. Die Problematik	122
II. Die Geltung des Prioritätsprin- zips	122
III. Die Konsequenzen des Priori- tätsprinzips	125
IV. Die Bestimmung der Priorität	130
 <u>VI. Kapitel:</u> Der Untergang der Baulast	 131
§ 16 Der behördliche Verzicht	131
I. Der Verzicht bei Wegfall des öffentlichen Interesses	131
II. Der Verzicht in sonstigen Fäl- len	135
§ 17 Die sonstigen Untergangsgründe	136
I. Die Problematik	136
II. Die unmittelbaren Untergangs- gründe	136
III. Die Wirkung von Mängeln des Kausalverhältnisses	145
 <u>VII. Kapitel:</u> Das Baulastenverzeichnis	 146
§ 18 Die Einrichtung und Führung des Bau- lastenverzeichnisses	146

I.	Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften	146
II.	Sonstige Eintragungen	149
<u>VIII. Kapitel:</u>	<u>Würdigung der Baulast</u>	150
§ 19	Die praktische Bedeutung der Baulast	150
I.	Allgemeines	150
II.	Die einzelnen Anwendungsfälle	150
III.	Vergleich mit der Dienstbarkeit	162
IV.	Zusammenfassende Beurteilung	163
§ 20	Die Dogmatik der Baulast	165
I.	Die dogmatischen Charakteristika	165
II.	Die Arten der Baulasten	168
III.	Die Einordnung in das System der öffentlichen Lasten	168
§ 21	Zusammenfassung	171

Literaturverzeichnis

- | | |
|---|---|
| Apelt, Willibalt | Grundzüge des sächsischen Bau-
rechts, Beilageheft zu
FischersZ Bd. 44, S. 53-65 (1914) |
| Baltz-Fischer | Preußisches Baupolizeirecht,
6. Auflage,
Berlin 1934 |
| Baur, Fritz | Lehrbuch des Sachenrechts,
4. Auflage,
München und Berlin 1968 |
| Brüggemann-Grauvogel-Pohl-
Förster-Meyer-Stahnke | Kohlhammer Kommentar zum Bundes-
gesetz,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
1961 ff. (zit.: KK-Bearbeiter) |
| Dittus, Wilhelm | Vom Wesen und Wert der Baula-
sten und Baulastenbücher, Bau-
recht im Werden,
München und Berlin 1951,
S. 268-274 (zit.: Baurecht) |
| Drews-Wacke | Allgemeines Polizeirecht,
7. Auflage,
Berlin-Köln-München-Bonn 1967 |
| Eppig, Theo | Der Entwurf eines Bundesbauges-
etzes und seine Auswirkungen
auf Grundstücksverkehr, Ver-
tragsfreiheit und Eigentum,
Deutscher Notartag 1956,
S. 72-101 |
| Erman, Walter | Handkommentar zum bürgerlichen
Gesetzbuch,
4. Auflage, Münster 1967
(zit.: Erman-Bearbeiter) |
| Ernst, Werner | Voraussetzungen und Grundlagen
des Bundesbaugesetzes, abgedruckt
in: Bundesbaugesetz und andere
aktuelle Probleme 1960, S. 187-198

Warum ein Bundesbaugesetz?
abgedruckt in: Ernst-Bonczek-
Halstenberg-Zinkahn, Grundge-
danken des Bundesbaugesetzes,
Stuttgart 1960, S. 9-28 |

- Ernst, Werner Rechtliche und wirtschaftliche Probleme der Erneuerung unserer Städte und Dörfer, Köln-Braunsfeld 1967 (Institut für Siedlungs- und Wohnungswesen der Westf. Wilhelms Universität Münster, Nr. 17)
- Fechtrup, Hermann Baulast und Baulastenverzeichnis, DVBl. 63/613-616
- Fickert, H.C. Bauvorhaben, Baunutzung, Baunachbarrecht, Köln 1962
- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928, Neudruck Aahlen 1960
- Flad, Otto Das badische Ortsstraßengesetz, Karlsruhe 1909 (zit.: Ortsstraßengesetz)
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966
- Franzen, Wilhelm Bundesbaugesetz, Loseblatt-Kommentar, Berlin 1960 ff.
- Füsslein, Peter Zur rechtlichen Bedeutung der Baulasten, DVBl. 65/270-273
- Gädtke, Horst Kommentar zur Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Düsseldorf 1966 (zit.: Landesbauordnung)
- Gauß Das Recht der württembergischen Bauordnung, Stuttgart 1915, S. 42-70 (zit.: Bauordnung)
- Gelzer, Konrad Das neue Bauplanungsrecht, Köln 1964 (zit.: Bauplanungsrecht)

- Gerne, Otto in: Handwörterbuch des Städtebaus, Wohnungs- und Siedlungswesens, hrsg. von Wandersleb, Band I, Stuttgart 1959, S. 209-212
- Glässing Beitrag zur Bauordnung, in: Baupolizeiliche Mitteilungen, Berlin 1907, S. 19 f.
(zit.: Beitrag)
- Haeffner-Burger Württembergische Bauordnung, Stuttgart 1931
(zit.: Bauordnung)
- Heitzer-Oestreicher Bundesbaugesetz, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1967
(zit.: Bundesbaugesetz)
- Hirsch, Otto Über die Baulasten, Württembergische Zeitung für Rechtspflege und Verwaltung 1912, S. 241-246, 265-271, 289-308
(zit.: Baulasten)
- Jellinek, W. Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1931
- Kälber-Mörike Die württembergische Bauordnung vom 28. Juli 1910, I. Teil, Stuttgart 1912
- Knaup-Ingenstau Bundesbaugesetz mit Kommentar, Düsseldorf 1960
- Kretzschmar, Oskar Die Hofgemeinschaft im sächsischen Baurecht unter gleichzeitiger Berücksichtigung außersächsischer baupolizeilicher Bestimmungen, PrVB1. 39/10-40 (1911)
- Krüger Baurechtliche Verpflichtungen im Sinne des § 2 des Allgemeinen Baugesetzes, FischersZ 42/285-329 (1913)
- Küchenhoff, Günther Die öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Privatperson, in: Festschrift für Laforet (1952), S. 317-324
(zit.: Willenserklärung)

- Lindemann Baulastenbücher,
PrVB1. 37/273-275 (1916)
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,
erläutert von Hermann von Mangoldt,
2. Auflage, neu bearbeitet von
Friedrich Klein,
Berlin-Frankfurt 1957 ff.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar von
Theodor Maunz und Günther Dürig,
2. Auflage,
München und Berlin 1964
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht,
2 Bände, 3. Auflage,
München, Leipzig 1924
- Metz Wesen und Grenzen der Baulast,
Die Verwaltungspraxis 1966,
S. 130-132
- Meyer-Stich-Tittel Bundesbaurecht, 1. Halbband,
Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- Neuffer, Otto Das Bundesbaugesetz,
4. Auflage,
Stuttgart-München-Hannover 1965
- Niehues, Norbert Dinglichkeit im Verwaltungsrecht,
Diss. Münster 1963
(zit.: Dinglichkeit)
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
Kurzkommentar, 27. Auflage,
München und Berlin 1968
(zit.: Palandt-Bearbeiter)
- Redlich Die Bedeutung des Gesetzentwurfs
betreffend die Baulastenbücher,
PrVB1. 38/443-445 (1917)
- Die Nützlichkeit der Baulasten-
bücher,
in: Bauwelt 1913 Nr. 13
- Reichsgerichtsrätekomentar Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar, 11. Auflage,
Berlin 1959 ff.
(zit.: RGRK-Bearbeiter)

Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Auflage, Karlsruhe 1966
Willigmann, Klaus	Die neuen Vorschriften der Berliner Bauordnung über die Baulast, Das Grundeigentum 1967, S. 119-120
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht Band I, 7. Auflage, München und Berlin 1968
	Verwaltungsrecht Band II, 2. Auflage, München und Berlin 1967
	Verwaltungsrecht Band III, 2. Auflage, München und Berlin 1967
Wolff-Raiser	Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Auflage, Tübingen 1957
Zinkahn-Bielenberg	Bundesbaugesetz, Kommentar, München und Berlin 1966
Zopfs, Jannpeter	Dienstbarkeiten und bauliche Ordnung, Diss. Münster 1962

Nur gelegentlich erwähnte, nicht einschlägige Werke sind mit vollem Titel in den jeweiligen Fußnoten zitiert.

Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886; bis 1910: Archiv für öffentliches Recht) (zitiert nach Band und Seite)
BAB	Bauaufsichtsbehörde
BaRuABaG	Badische Rechtspraxis und Annalen der badischen Gerichte (1898-1944)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit Fundstelle: Entscheidungssamm- lung (zitiert nach Band und Seite)
BauO	Bauordnung
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift seit 1946)
BBauBl.	Bundesbaublatt (seit 1952)
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 (BGBl. I S. 341)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195) mit Änderungen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof; mit Fundstelle: Entscheidungssammlung (zitiert nach Band und Seite)
bln	berliner
BNuVO	Baunutzungsverordnung vom 16. Juni 1962 (BGBl. I S. 429)
BRS	Baurechtssammlung Thiel (1954 ff. als Bd. 15 (1967), fortgeführt von Gelzer)
BSG	Bundessozialgericht; mit Fundstelle: Entscheidungssammlung (zitiert nach Band und Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; mit Fundstelle: Entscheidungssammlung (zitiert nach Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundes- verwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bw	baden-württembergische
BWVBl.	Baden-württembergisches Verwal- tungsblatt (Beilage zur DöV)
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift seit 1947)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift seit 1950)
FischersZ	Zeitschrift für Praxis und Gesetz- gebung der Verwaltung (Fischers Zeitschrift 1880-1937)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 18. Mai 1898 (RGBl. 189)
FSTG	Bundesfernstraßengesetz idF vom 6. August 1961 (BGBl. I 1742)
GBl.	Gesetzblatt
Gewa	Gewerbearchiv (Zeitschrift seit 1955)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1959 (BGBl. S. 1)
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdStWS	Handwörterbuch des Städtebaues, Wohnungs- und Siedlungswesens, hrsg. von Wandesleb
JSchrVwgbkt	Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungs- gerichtsbarkeit, hrsg. von Helmut R. Kütz und Richard Naumann, Bände I und II, Karlsruhe 1963
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift von 1872-1939; dann: Deutsches Recht, vereinigt mit Juristischer Wochenschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift seit 1961)

JZ	Juristenzeitung (Fortsetzung der Deutschen Rechtszeitschrift und der Süddeutschen Juristenzeitung seit 1961)
KG	Kammergericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift seit 1947)
MinBl.	Ministerialblatt
NW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift seit 1947)
nw	nordrhein-westfälische —
OGH BZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone mit Fundstelle: Entscheidungssammlung (zitiert nach Band und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte (zitiert nach Band und Seite)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg (zitiert nach Band und Seite)
ProVG	Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
RG	Reichsgericht; mit Fundstelle: Entscheidungen in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGST	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
SaBl.	Sammelblatt
sächsOVG	Jahrbücher des sächsischen OVG (1900-1942) (zitiert nach Band und Seite)
sh	schleswig-holsteinisch

SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen Oberster Gerichte (zitiert nach Band und Seite)
STVG	Straßenverkehrsordnung vom 13. November 1937 (RGBl. I S. 1179) in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. März 1956 (BGBl. I S. 271, 327)
VGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv (1893-1942 und seit 1957) (zitiert nach Jahr und Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WüRegbl.	Württembergisches Regierungsblatt
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (seit 1948)
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl. S. 83) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl. S. 533)

I. Kapitel: Begriff, Geschichte und heutige Problematik der Baulast

§ 1 Begriff

Mehrere Bundesländer haben in ihren neuen Bauordnungen Bestimmungen über sogenannte Baulasten getroffen. So "können" beispielsweise nach § 99 Abs. 1 der Bauordnung von Nordrhein-Westfalen (nw BauO)¹⁾ "Grundstückseigentümer durch Erklärung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde²⁾ öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, die sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben" und die "auch gegenüber dem Rechtsnachfolger wirksam" sind, "zu einem ihre Grundstücke betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen übernehmen". Gleichlautende Legaldefinitionen finden sich in den Bauordnungen von Baden-Württemberg (bw BauO)³⁾, Schleswig-Holstein (sh BauO)⁴⁾ und Berlin (bln BauO)⁵⁾⁶⁾.

Die Übernahmeerklärung bedarf der Schriftform⁷⁾; die Unterschrift muß öffentlich beglaubigt oder vor der Bauaufsichts-

-
- 1) Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 25. Juni 1962 (GV NW S. 373/SGV 232).
 - 2) Die Terminologie der Gesetze ist uneinheitlich, zum Teil wird der Ausdruck "Baurechtsbehörde" verwendet. Der Text benutzt im folgenden entweder den Terminus "Bauaufsichtsbehörde" oder einfach "Baubehörde".
 - 3) § 108 Abs. 1 der Landesbauordnung Baden-Württemberg vom 6. April 1964 (GBI. S. 151).
 - 4) § 106 Abs. 1 der Landesbauordnung Schleswig-Holstein vom 9. Februar 1967 (GVBl. S. 51).
 - 5) § 104 Abs. 1 der Berliner Bauordnung vom 29. Juli 1966 (GVBl. S. 1175).
 - 6) Dagegen enthalten die Bauordnungen der Länder Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und des Saarlandes keine Bestimmungen über Baulasten; in Niedersachsen, Hamburg und Bremen steht der Erlass neuer Bauordnungen noch aus.
 - 7) In Baden-Württemberg genügt die mündliche Abgabe vor der Baurechtsbehörde oder der Gemeindebehörde, § 108 Abs. 2 bw BauO.

behörde anerkannt werden¹⁾. Die Baulasten sind in ein Verzeichnis einzutragen (Baulastenverzeichnis), das in Baden-Württemberg bei der Gemeinde, in den übrigen Ländern bei der unteren Bauaufsichtsbehörde geführt wird²⁾³⁾. Nach dem Gesetzeswortlaut unterliegen die Baulasten der ausschließlichen Disposition der Bauaufsichtsbehörde; sie gehen (nur) durch deren schriftlichen "Verzicht" unter⁴⁾; der Verzicht ist bei Wegfall des öffentlichen Interesses nach Anhörung des Verpflichteten und der durch die Baulast Begünstigten zu erklären⁵⁾⁶⁾.

- 1) § 108 Abs. 2 bw BauO, § 104 Abs. 2 bln BauO, § 99 Abs. 2 nw BauO, § 106 Abs. 2 sh BauO.
- 2) § 109 Abs. 3 bw BauO, § 105 Abs. 3 bln BauO, § 100 Abs. 1 nw BauO, § 107 Abs. 1 sh BauO.
- 3) Ebenfalls einzutragen "sind", soweit ein öffentliches Interesse besteht, in Berlin und Baden-Württemberg andere baurechtliche Verpflichtungen des Grundstückseigentümers zu einem sein Grundstück betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen sowie Bedingungen (nur in BW), Befristungen und Widerrufsvorbehalte, während in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein Auflagen, Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalte eingetragen werden "können" (§ 105 Abs. 2 bln BauO; § 109 Abs. 2 bw BauO; § 100 Abs. 2 nw BauO; § 107 Abs. 2 sh BauO). Hierbei handelt es sich nicht um Baulasten, sondern um gesetzliche oder auferlegte Verpflichtungen bzw. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten; vgl. näher unten S. 136.
- 4) § 108 Abs. 3 bw BauO; § 104 Abs. 3 bln BauO; § 106 Abs. 3 sh BauO.
§ 99 Abs. 4 nw BauO verlangt die Eintragung des Verzichts in das Baulastenverzeichnis. Praktisch läuft dies auf dasselbe hinaus, da die Bauaufsichtsbehörden auch in den anderen Ländern ihren schriftlichen Verzicht in das Baulastenverzeichnis eintragen; vgl. unten S. 136.
- 5) In Nordrhein-Westfalen ist die Anhörung obligatorisch; in den anderen Ländern fakultativ ("sollen"), vgl. die genannten Paragraphen.
- 6) Mit diesen Baulasten nicht zu verwechseln sind sonstige Baulasten, insbes. Kirchen-, Schul- und Straßenbaulasten. Bei diesen Lasten handelt es sich um finanzielle Verpflichtungen, die sich auf die Herstellung, Erweiterung und Instandhaltung von Kirchen, Schulen und Straßen beziehen. Sie beruhen auf den verschiedensten rechtlichen Grundlagen (vgl. z.B. Art. 132 EGBGB c 1186 CIC, §§ 3-5a BFstrG und die Vorschriften der Landesstraßengesetze, z.B. die §§ 43 ff. LStrG NW) und können natürliche und juristische Personen sowie Sachen betreffen. Mit den oben dargestellten Baulasten haben sie nichts gemein. Die folgende Untersuchung beschränkt sich daher auf die Baulasten i.S. der Landesbauordnungen.

§ 2 Geschichte

I. Bisherige gesetzliche Grundlagen

Die Bestimmungen über Baulasten sind nicht völlig neu. Sie entsprechen fast wörtlich den §§ 107, 108 der Musterbauordnung (MuBauO)¹⁾, die von der Musterbauordnungskommission zum Zwecke der Vereinheitlichung des Landesrechts ausgearbeitet und im Jahre 1960 veröffentlicht worden war. Die Kommission, die sich aus hervorragenden Fachleuten des Bundes und der Länder zusammensetzte, hatte bei der Normierung der Baulasten ihrerseits auf frühere gesetzliche Regelungen der Länder Sachsen, Bremen, Baden und Württemberg, sowie mehrere auf diesen aufbauende spätere Gesetzesentwürfe zurückgegriffen.

Allerdings unterschieden sich diese landesgesetzlichen Regelungen und Entwürfe nach Inhalt und Umfang sowohl untereinander wie auch von den heutigen Bestimmungen teilweise erheblich.

1. In Sachsen "hafteten" nach § 2 des allgemeinen Baugesetzes (Allg.BauG)²⁾ neben Verpflichtungen, die durch baugesetzliche Vorschriften unmittelbar oder auf Grund solcher von der Baupolizeibehörde einzelnen Grundstücken auferlegt waren, auch Verpflichtungen, die "von Grundstückseigentümern hinsichtlich ihrer Grundstücke in baupolizeilichen Angelegenheiten durch eine von der Baupolizei oder der Gemeindebehörde gegenüber abgegebene (formbedürftige § 2 II) Erklärung übernommen wurden", "als öffentlich rechtliche Lasten auf den Grundstücken" und gingen "ohne weiteres" auf den Rechtsnachfolger im Eigen-

1) Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebiets einschließlich des Landes Berlin von Januar 1960, aufgestellt von der Musterbauordnungskommission; in: Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Bd. 16/17.

2) Allgemeines Baugesetz für das Königreich Sachsen vom 1. Juli 1900 (GuVBl. S. 381).

tum über¹⁾.

2. In Bremen war (und ist) die Übernahme von "solchen Eigentumsbeschränkungen und sonstigen Belastungen eines Grundstücks zulässig, von deren Bestellung durch den Eigentümer die zuständige Behörde die Erteilung einer Bauerlaubnis oder eine sonstige Verfügung für ein anderes Grundstück als das zu belastende abhängig" macht(e)²⁾.

-
- 1) Die gesetzlichen, die baupolizeilich auferlegten Verpflichtungen und die Baulasten im technischen Sinne wurden unterschiedslos als "Oblasten" bezeichnet und in das bei den Gemeinden nach Bedarf einzurichtende Oblastenbuch eingetragen (§§ 3, 4 des allg. Baugesetzes). Die Eintragung verfolgte verschiedene Zwecke:
- a) Bei den gesetzlichen Verpflichtungen, die fast ausschließlich die Zahlung von Anliegerbeiträgen und Erschließungskosten betrafen, bezweckte sie deren Verdinglichung, da nach sächsischem Recht derartige Ansprüche rein schuldrechtlicher Art waren. Bei einem Verkauf des Grundstücks konnte sich die Gemeinde bzw. Baupolizei nur an den ursprünglichen Eigentümer, nicht an dessen Rechtsnachfolger (und das Grundstück) halten; der Anspruch war also ungesichert. Dies sollte durch die Eintragung ins Oblastenbuch und die damit verbundene Umwandlung in eine "reallastähnliche" Verpflichtung verhindert werden.
 - b) Die Eintragung der baupolizeilich "auferlegten" Verpflichtungen dagegen diente dem Schutz des Rechtsverkehrs. Gemeint waren damit Verpflichtungen, die dem Eigentümer meist im Zusammenhang mit einer Baugenehmigung oder Dispenserteilung auferlegt worden waren, also Befristungen, Auflagen und Widerrufsvorbehalte. Da diese auch ohne Publizität gegenüber jedem Rechtsnachfolger wirkten, war es häufiger zu Härten gekommen, wenn ein Rechtsnachfolger das Grundstück in Unkenntnis der Belastung erworben hatte. Gegen solche unliebsame Überraschungen konnte sich ein künftiger Erwerber nach der Eintragung der Verpflichtung durch Einsichtnahme in das Oblastenbuch nunmehr leicht schützen.
 - c) Die Eintragung der Baulasten im technischen Sinne schließlich bezweckte teils deren Verdinglichung, teils nur den Schutz des Rechtsverkehrs je nachdem, ob die Eintragung deklaratorisch oder konstitutiv war; die Entscheidung darüber blieb nach § 2 Abs. 4 Allg.BauG den Ortsgesetzen vorbehalten.
- 2) § 2 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die öffentlichen Grundlasten vom 23. Juni 1907 (Brem.GBl. S. 122; SaBremR S. 2130-e-1). Die "Eigentumsbeschränkungen und sonstigen Belastungen" erlangen aber erst mit Eintragung in das Grundbuch die Wirkung von "öffentlichen Grundlasten".

3. In Baden dagegen konnten nach § 27 des Ortsstraßengesetzes (OStrG)¹⁾ nur "besondere, sich nicht aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften ergebende Verpflichtungen hinsichtlich der Art der Überbauung oder hinsichtlich der Nichtüberbauung von Grundstücken oder Grundstücksteilen sowie hinsichtlich der Art der Benutzung von Bauten oder Bauteilen" als Baulasten übernommen werden und auch nur "auf Verlangen der Baupolizeibehörde" und "mit Rücksicht auf ein von ihm (i.e. dem Baulastenübernehmer) oder einen anderen Eigentümer eingereichtes Baugesuch"²⁾.

4. In Württemberg³⁾ wiederum wurden außer bestimmten gesetzlichen Gebühren- und Beitragsverpflichtungen "besondere, sich nicht schon aus den allgemeinen Vorschriften ergebende", vom Eigentümer "hinsichtlich der Unterlassung der Überbauung oder hinsichtlich der Art der Überbauung eines Grundstückes oder eines bestimmten Teils desselben" der Baupolizei oder der Gemeindebehörde gegenüber übernommene öffentlich-rechtliche Verpflichtungen im Baulastenbuch eingetragen sowie "andere Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Art" "ver-

1) Badisches Ortsstraßengesetz vom 15. Oktober 1908 (GVBl. S. 605).

2) Der Wortlaut "auf Verlangen" ist mißverständlich. Eintragungsfähig im Baulastenbuch waren zwei Arten von Verpflichtungen: von der Baupolizei auferlegte, also Bedingungen, Befristungen, Auflagen und Widerrufsvorbehalte (vgl. Flad Anm. 2 S. 357 zu § 3 der Verordnung über die Einrichtung und Führung von Baulasten vom 19. Dezember 1908 (bd.GVBl. S. 605)) und freiwillig übernommene, also Baulasten im technischen Sinne. Bei diesen war das "Verlangen" der Baupolizei nicht Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern wie in Bremen Anlaß für die Baulastübernahme, wenn anderenfalls die Baupolizeibehörde das Baugesuch abgelehnt oder die Dispenserteilung versagt hätte.

3) Art. 99 der Württembergischen Bauordnung vom 28. Juli 1910 (WüRegBl. S. 333).

merkt. 18 ,

5. Inhaltlich gingen also die sächsische und bremische Regelung am weitesten, da sie Verpflichtungen zu einem beliebigen baurechtlich relevanten Verhalten zuließen, während die badische und württembergische sich auf Verpflichtungen zu einem Tun bzw. Unterlassen hinsichtlich der Art der Überbauung bzw. Nichtbebauung beschränkten. Andererseits konnten in Sachsen ebenso wie in Bremen und Baden Baulasten nicht independent³⁾, d.h. ohne im Zusammenhang mit einem konkreten Baugesuch oder -verfahren zu stehen, übernommen werden⁴⁾. Diese Einschränk-

- 1) Art. 99 Abs. 2, 3, 7 iVm den §§ 93-95 der Vollzugsverfügung (VollzVerf) zur Bauordnung vom 10. Mai 1911 (WüRegBl. S. 77) i.d.F. vom 4. Juli 1919 (WüRegBl. S. 156).
- 2) Das württembergische Gesetz unterschied demnach zwischen gesetzlichen (Zahlungs-)verpflichtungen, Baulasten im technischen Sinne und "sonstigen Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Art". Letztere waren nichts anderes als die baupolizeilich auferlegten Verpflichtungen des sächsischen und bremischen Rechts, nämlich Bedingungen, Befristungen, Auflagen und Widerrufsvorbehalte sowie die nach früherem Recht begründeten Baulasten, die sogenannten Baureserve (§ 95 Vollz.Verf.). Die Eintragung der Zahlungsverpflichtungen bezweckte wie in Sachsen deren Verdinglichung (Haeffner-Burger, Bauordnung, Art. 99 Anm. 3, 4), die der sonstigen Verpflichtungen den Schutz des Rechtsverkehrs und die der Baulasten ebenfalls deren Verdinglichung (Haeffner-Burger, Bauordnung, Art. 99 Anm. 8, 11), da die Wirksamkeit der Baureserve gegenüber Rechtsnachfolgern bestritten war (vgl. Walz, Beiträge, S. 248; Glässing, Baupolizeiliche Mitteilungen 1907, S. 20).
- 3) Für die Bezeichnung des (notwendigen bzw. nicht notwendigen) Zusammenhangs der Baulastübernahme mit einem konkreten Baugesuch oder -verfahren besteht bisher noch kein Terminus technicus. Es wird daher der Ausdruck Independenz vorgeschlagen. Die Independenz ist von der Abstraktheit, d.h. der Unabhängigkeit der Baulast von dem Bestehen oder der Wirksamkeit eines ihr zugrunde liegenden Kausalverhältnisses zu unterscheiden (dazu unten S. 104 f. und S. 145 f.). Die Frage der Independenz der Baulast hat große Bedeutung für deren praktische Verwendbarkeit, insbesondere als Planungsmittel und Sicherungsmittel im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge (vgl. unten S. 150 ff.).
- 4) Dies folgt für das bremische und badische Recht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut; in Sachsen war nach der ständigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts der Wortlaut "in baupolizeilichen Angelegenheiten" dahingehend auszulegen (sächs.OVG 7/219; 13/212; 38/333).

kung kannte das württembergische Recht nicht; eine entsprechende, von der Kommission der zweiten Kammer vorgesehene Klausel¹⁾ hatte man bei der Beratung des Entwurfes in der Zweiten Kammer aus Zweckmäßigkeitserwägungen fallen gelassen. In Württemberg war daher die Übernahme einer Baulast auch schon "vorsorglicherweise für die Zukunft"²⁾ und "ohne Rücksicht auf ein konkretes, schon in Aussicht stehendes Bauwesen"²⁾ möglich.

II. Bewährung in der Praxis

Trotz der Uneinheitlichkeit ihrer gesetzlichen Grundlagen erfüllte die Baulast in allen vier Ländern in vollem Umfang den Zweck, zu dem sie in erster Linie geschaffen worden war: die Ermöglichung von Bauvorhaben. Häufig konnte die Übernahme einer Baulast die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Bauvorhabens, das anderenfalls hätte abgelehnt werden müssen, herbeiführen. Das war immer der Fall, wenn das mit der dem Bauvorhaben entgegenstehenden Norm verfolgte öffentliche Interesse durch eine Baulast ebenso gewährleistet werden konnte. Wurde eine geeignete Baulast übernommen, so mußte das Bauvorhaben trotz des an sich vorliegenden Verstoßes gegen eine gesetzliche oder ortsstatuarische Bestimmung genehmigt werden.

Hauptbeispiele dafür waren Baulasten zur Freihaltung unbebauter Flächen, Einhaltung zusätzlicher Abstände, Errichtung und Unterhaltung von Brandwänden und zu einer bestimmten baulichen Gestaltung³⁾. Konnte der Bauwillige beispielsweise nicht den erforderlichen Grenzabstand⁴⁾ einhalten, so ließ

1) In Art. 85 III 2 des ersten Entwurfes KB II BeilBd. 102, 365 f. und 144 (zit. nach Hirsch, Baulasten, S. 303 Fn. 26).

2) FlBericht II, Prot.Bd. 86, 2938 r. und 2940 l. (zit. nach Hirsch, S. 303 Fn. 28).

3) Im folgenden dargestellt am Beispiel des württembergischen Rechts, da die WüBauO von 1910 eine Verwendung der Baulast für derartige Zwecke ausdrücklich vorsah (vgl. z.B. Art. 54 und 84 I und 84 III). Das Gesagte trifft für das sächsische, bremische und badische Recht jedoch ebenso zu.

4) Z.B. Art. 45 II, 48, 72 ff., 78 WüBauO von 1910.

sich dieser Mangel durch Übernahme einer Baulast seitens des Nachbarn beheben, mit der dieser sich verpflichtete, bei einem späteren Bauvorhaben auf seinem Grundstück außer dem gesetzlichen einen zusätzlichen Seitenstreifen unbebaut zu lassen, dessen Breite dem dem Bauwilligen fehlenden Seitenabstand entsprach. Auf diese Weise wurde der vom baupolizeilichen Standpunkt allein maßgebliche gesetzliche Gesamtabstand zwischen den beiden Bauvorhaben eingehalten und der Bauwillige durfte bauen, obwohl er auf seinem Grundstück den gesetzlichen Mindestabstand nicht einhielt. Entsprechendes galt, wenn das Grundstück nicht die zur Einhaltung der sog. Flächenregel¹⁾ erforderliche Größe aufwies. Verpflichtete sich der Nachbar zur Freilassung seines der fehlenden Flächen größtmäßig entsprechenden angrenzenden Grundstücksteile, so war das Bauvorhaben damit baupolizeilich unbedenklich und mußte genehmigt werden. Oder der Bauwillige besaß keine oder keine genügend große Zufahrt, oder er wollte sich durch Anbau an das Nachbarhaus eine eigene Brandmauer ersparen oder die Gestaltung seines Vorhabens war von einer bestimmten Gestaltung des Nachbarhauses abhängig: jeweils hatte es der Nachbar in der Hand, durch Übernahme einer geeigneten Baulast die Zufahrt zu sichern oder die Unterhaltung der Brandmauer bzw. die Einhaltung einer bestimmten baulichen Gestaltung zu gewährleisten und damit das Bauvorhaben zulässig zu machen²⁾.

Daneben kamen solche Fälle vor, in denen der Bauherr sich selbst durch Übernahme einer geeigneten Baulast eine Baugenehmigung verschaffen konnte, indem er entweder ebenfalls einen Mangel des Bauvorhabens kompensierte oder aber zumindest die Voraussetzungen für die Erteilung eines Dispenses herbeiführte. Stand sein Bauvorhaben z.B. im Widerspruch zu den baupolizeilichen Vorschriften zur Verhinderung von Immissionen, so konnte er den Mangel häufig zwar nicht oder nicht ohne hohe Aufwendungen beheben, wohl aber war er unter Umständen in der Lage, durch eine Baulast den öffentlichen Belangen und entgegenstehenden Interessen Dritter Rechnung zu

1) Art. 46 WüBauO von 1910.

2) Vgl. die Art. 34, 53, 69 WüBauO von 1910.

tragen. Er konnte also möglicherweise zwar nicht gänzlich verhindern, daß von seinem etwa zur Aufnahme eines störenden Gewerbebetriebes geplanten Bauvorhaben Immissionen ausgehen würden, wohl aber sich baulastmäßig verpflichten, ausreichende Vorrichtungen zu schaffen und zu unterhalten, die diese auf ein erträgliches Maß beschränkten. Damit war sowohl der Allgemeinheit, wie den interessierten Dritten geholfen. Die Dispensvoraussetzungen lagen vor¹⁾ und der Erteilung der Baugenehmigung stand nichts mehr im Wege. Wiederum fungierte die Baulast als Korrektiv und gestattete eine flexiblere Handhabung der starren baupolizeilichen Normen.

III. Behandlung im Schrifttum

1. Erstaunlicherweise hat das Rechtsinstitut der Baulast trotz seiner praktischen Bedeutung, und obwohl es auf Grund der gemachten guten Erfahrungen in nicht weniger als neun späteren Gesetzesentwürfen²⁾ vorgesehen war, in der Wissenschaft nur

1) Art. 116 WüBauO von 1910.

2) Den Anfang machte Art. 2 § 4 des ersten Entwurfs eines preußischen Wohngesetzes aus dem Jahre 1913 (zitiert bei Lindemann PrVwBl. 37/273 (1916)). Vier Jahre später folgte der Entwurf eines eigenen "Gesetzes betreffend die Baulastenbücher", "da die Einrichtung der Baulastenbücher nicht wohl mit einer kurzen Vorschrift geregelt werden konnte" (Pr. Abgeordnetenhaus Drucksache Nr. 508, 22. Legislaturperiode II. Session 1916/18 (1917)). Er sah die Übernahme von Baulasten in enumerativ aufgezählten Fällen vor, enthielt aber keinerlei Vorschriften über die Eintragung von Kostenbeiträgen und Bauvermerken. Der nächste Entwurf eines Gesetzes über die Baulastenbücher des Preussischen Staatsministeriums vom 17. Juli 1923 (Drucksache Nr. 6404, 1. Wahlperiode, 1. Tagung des pr. Landtages 1921/23, §§ 1-11) baute auf ihn auf, wurde aber im Hinblick auf die Verhältnisse während der Inflationszeit zurückgezogen. Später sahen zwei Entwürfe eines preussischen Städtebaugesetzes Regelungen über Baulasten vor (Drucksache Nr. 4360 (1923) des pr. Landtages, 2. Wahlperiode, 1. Tagung 1925/26 (§§ 58-68) und Drucksache Nr. 3015 (1928), 3. Wahlperiode, 1. Tagung 1928/29, §§ 64-74), ferner sollen Vorschriften über Baulasten in einem reichsrechtlichen Entwurf (dem infolge des Krieges nicht mehr gedruckten Entwurf eines Deutschen Städtebaugesetzes von 1942) Aufnahme gefunden haben.

Nach dem Kriege schließlich waren Baulasten in drei Ent-

geringe Beachtung gefunden. Hatten sich kurz nach der Jahrhundertwende noch eine Reihe von Kommentierungen und Abhandlungen - ausschließlich von Praktikern verfaßt - mit der Baulast beschäftigt, so findet sich in den zwanziger Jahren nur noch eine einzige Veröffentlichung¹⁾, die die Baulast jedoch auch nur im Zusammenhang mit dem Entwurf eines preussischen Städtebaugesetzes behandelt. Fleiner²⁾ und W. Jellinek³⁾ erwähnten sie zwar, gingen aber nicht näher auf sie ein. Erst in neuester Zeit beginnt sich, bedingt durch die Einführung der Baulasten in den genannten Landesbauordnungen, eine spärliche Kommentar- und Aufsatzliteratur zu entwickeln; ein Teil der modernen Lehrbücher⁴⁾ erörtert die Baulast allerdings auch heute noch nicht.

2. Diese Vernachlässigung der Baulast durch die Wissenschaft hat mehrere Gründe. Erstens ließ die reibungslose Handhabung der Baulast in der Praxis selten Konflikte entstehen, so daß von daher kein unmittelbarer Anlaß zu einer eingehenden Beschäftigung mit ihr bestand. Zweitens kam der Baulast als Landesrecht de lege lata keine überregionale Bedeutung zu und drittens hatte man den Anwendungsbereich der Baulast durch ihre (teilweise) inhaltliche Beschränkung und den überwiegend obligatorischen Zusammenhang mit einem konkreten Baugesuch viel weiter eingeengt, als im Hinblick auf ihre Funktionmöglichkeiten erforderlich gewesen wäre.

würfen eines Bundes-Baugesetzes, den §§ 195-198 des Referentenentwurfs zu einem Baugesetz für die BRD von W. Dittus (Hamburg-Altona 1951), den §§ 245-248 des Initiativentwurfs der Abgeordneten Lücke, Jacobi u.a. (BT Drucks. Nr. 1813, 2. Wahlperiode 1953) und den §§ 236-239 des Entwurfs eines Bundesbaugesetzes vom 2.3.1956, aufgestellt von der Hauptkommission für die Baugesetzgebung beim BM für Wohnungsbau (Schriftenreihe des BM für Wohnungsbau Bd. 9) geregelt.

- 1) Nämlich der Aufsatz von Rieß in PrVwBl. 46/510 f. (1925).
- 2) Institutionen, S. 148 u. 155 Fn. 28.
- 3) Verwaltungsrecht S. 196 f.
- 4) Z.B. Forsthoff, Allgemeines Verwaltungsrecht; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht; v. Turreg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts.

Der Hauptgrund für das Desinteresse der Wissenschaft an der Baulast dürfte aber noch tiefer liegen: in der historischen Entwicklung und Dogmatik des öffentlichen Sachenrechts.

Seit jeher war das Zentralproblem des öffentlichen Sachenrechts - sofern ein solches als ein eigenständiges Teilgebiet des öffentlichen Rechts überhaupt anerkannt wird¹⁾ - gewesen, wann, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung eine Sache zu einer öffentlichen wird und welche Rechte an ihr bestehen können. Man fragte nach der Rechtsnatur des Indienststellungsaktes, dessen Auswirkungen auf das Eigentum, den Pflichten des jeweils zuständigen Trägers der öffentlichen Verwaltung und nach der Art, dem Inhalt und der Intensität der Berechtigungen Privater. Wie, durch wen und zu welchem Zweck wird die Sache gewidmet? Geht das Privateigentum unter, entsteht öffentliches Eigentum oder wird das Privateigentum nur überlagert? Welche Unterhaltungs-, Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten treffen den Träger der öffentlichen Verwaltung? Haben einzelne oder alle Bürger ein volles subjektives öffentliches Recht auf unentgeltliche, gesteigerte oder sonstige Benutzung einer öffentlichen Sache: das waren die Probleme.

Aus dieser spezifischen Problematik ergab sich notwendigerweise die Aufgabe, nicht wie im bürgerlichen Sachenrecht, "aus der Fülle möglicher Rechtsbeziehungen einer Person zu einer Sache eine begrenzte Anzahl, die sich durch Unmittelbarkeit und Selbständigkeit der Sachherrschaft auszeichnet, in der Weise herauszuheben, daß sie zu dinglichen, absoluten Rechten ausgestattet werden"²⁾, sondern eine Dogmatik der Widmung, eine Theorie des modifizierten Privateigentums und ein System

1) Ablehnend z.B. Fleiner, Institutionen S. 149 ff.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 398 ff.; Giacometti, Allgemeine Lehren S. 196, und Forsthoff, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 348, der den Ausdruck "öffentliches Sachenrecht" bewußt vermeidet, weil das Recht der öffentlichen Sache eine Materie eigener Prägung sei, die weder ein Gegenstück noch eine Ergänzung des Bürgerlichen Sachenrechts sei.

2) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., § 2 I.

von Gemeingebrauchs- und Sondernutzungsrechten zu schaffen. Demgegenüber trat das ebenfalls öffentlich-sachenrechtliche Problem, aus der Vielzahl der öffentlich-rechtlichen Lasten diejenigen mit dinglichem Charakter herauszuarbeiten und zu systematisieren, völlig in den Hintergrund. Bemerkenswerterweise hat sogar seitens der Wissenschaft bisher niemand auch nur den Versuch einer derartigen Systematisierung unternommen. O. Mayer¹⁾ bezeichnete alle öffentlich-rechtlichen "Eingriffe in die Freiheit des Eigentums, um die Grundstücke zugunsten eines außerhalb stehenden öffentlichen Unternehmens öffentlich-rechtlich zu belasten", ausnahmslos als "öffentlich-rechtliche Grunddienstbarkeiten". Er faßte unter diesen Begriff so unterschiedliche Belastungen wie Baubeschränkungen, Duldung von Benutzungen, Rayonservitute und Leinpfadgerechtigkeiten zusammen. W. Jellinek²⁾ erörtert das Problem der Dinglichkeit öffentlich-rechtlicher Lasten lediglich kasuistisch und auch nur unter dem Gesichtspunkt der Pflichtenabfolge. Fleiner³⁾ verzichtet bei seiner Darstellung der öffentlichen Lasten ebenfalls auf eine Systematisierung unter dem Gesichtspunkt der Dinglichkeit, Forsthoff⁴⁾ streift den schuldrechtlichen bzw. dinglichen Charakter öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten nur in drei kurzen Absätzen und selbst Wolff⁵⁾, dessen Systematik der öffentlichen Lasten die modernste und umfassendste ist, unterscheidet außer zahlreichen "öffentlichen Leistungen" (Naturalleistungen, Geldleistungen, Verbandslasten) nur "verwaltungsrechtliche Dienstbarkeiten", die "Unterlassungs- und Duldungspflichten von Eigentümern bestimmter Grundstücke hinsichtlich gewisser Benutzungen ihrer Grundstücke durch die Berechtigungssubjekte öffentlich-rechtlicher Sachzuordnung beinhalten und zu denen er, ähnlich wie O. Mayer, außer den Baulasten die verschiedensten Eigentumsbeschränkungen wie Duldung von Verkehrszeichen

1) Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 108.

2) Verwaltungsrecht S. 194 ff.

3) Institutionen S. 164 ff. und 414 ff.

4) Verwaltungsrecht S. 184.

5) Verwaltungsrecht I § 42 II b; vgl. aber auch § 40 III b 2, c 2, § 46 VIII, § 47 VIII b.

und Schildern, Bauverbote und Baubeschränkungen nach den §§ 14, 29 BBauG, Änderungsverbote nach § 3 des pr. Baubestandsgesetzes, Zwangsrechte gem. § 85 nw WG, die Duldung von Handlungen zur Vorbereitung einer Umlegung, Enteignung oder Flurbereinigung (§§ 77, 116 BBauG; § 5 pr. Enteignungsges.; § 35 Flurbereinigungsges.) u.a.m. rechnet.

3. Keiner der Autoren gliedert also die wie immer bezeichneten öffentlichen Eigentumsbeschränkungen nach gesetzlicher Grundlage, Zweck, Intensität, Zuordnungssubjekt etc.. Nirgends findet sich der Ansatz zu einer grundlegenden Systematik. Wegen der begrifflich inhaltlichen Gleichheit der Wirkungen dieser Beschränkungen - jeweils beinhalten sie Duldungs- bzw. Unterlassungspflichten - wird vielmehr auch im übrigen ihre systematische Gleichheit unterstellt. Diese Feststellung bedeutet keine Kritik an der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität der herkömmlichen Einteilung. Die Frage nach dem Wert einer Systematisierung der dinglichen öffentlichen Lasten soll vielmehr ausdrücklich dahingestellt bleiben¹⁾. Dennoch verdient die Tatsache Hervorhebung, daß es wahrscheinlich diesem Fehlen einer Systematik zuzuschreiben ist, daß man die einzige freiwillig übernommene dingliche öffentliche Last²⁾ nicht hinreichend gewürdigt hat: die Baulast.

1) Eine fundierte Systematik dürfte jedoch nicht nur von akademischem Interesse, sondern auch von praktischer Bedeutung sein. Schon Fleiner (Institutionen, S. 153 Fn. 15) wies mit Recht darauf hin, daß mit dem Terminus Dinglichkeit ein "wahrer Mißbrauch" getrieben werde, da man unter Dinglichkeit vielerlei zusammenfasse:

"1. die pfandrechtliche Haftung eines Grundstücks für eine öffentliche Forderung

2. die Vorschrift, daß der Besitz eines Grundstücks die Voraussetzung für eine Abgabepflicht bildet;

3. die durch den Besitz eines Grundstücks vermittelte Nachfolge in öffentliche Rechte und Pflichten."

Diese Aussage gilt heute noch ebenso wie damals. Leider trägt in diesen Punkten die Arbeit von Niehues "Dinglichkeit im Verwaltungsrecht" kaum zur Klärung bei.

2) Zur Dogmatik der Baulast siehe im einzelnen unten § 20 (S. 165 ff.).

§ 3 Heutige Problematik

I. Die Hauptprobleme

Infolge der mangelnden wissenschaftlichen Durchdringung der Baulast sind zahlreiche, zum Teil elementare Fragen offen geblieben. Aber nicht nur das: eine Reihe von Problemen, und zwar Problemen nicht nur theoretischer, sondern unmittelbar praktischer Bedeutung hat man noch nicht einmal erkannt. Eindeutig geklärt ist nicht eine einzige wesentliche Frage, weder die des Geltungsbereichs noch die des Gegenstands und Inhalts der Baulast, noch die ihrer Entstehung, ihrer Wirkung und ihres Untergangs. Die Baulast ist damit nicht nur die ungeklärteste öffentliche Last, sondern eines der ungeklärtesten Rechtsinstitute überhaupt.

1. Um nur einige Beispiele zu nennen: Darüber, ob sich die Baulast auf landesrechtliche Materien beschränkt oder auch für bundesrechtliche gilt, und ob ein Zusammenhang mit einem konkreten Bauverfahren erforderlich ist oder nicht, gehen die Meinungen auseinander. Gegenstand und Inhalt der Baulast sind weitgehend unerforscht; die Literatur begnügt sich mit der Wiedergabe der gesetzlich aufgezählten und der traditionellen Fälle. Problematisch ist auch ihre Entstehung; die Fragen, wer Baulastübernehmer sein kann, ob nur der "Eigentümer" oder auch ein Erbbauberechtigter oder ein sonstiger an dem Grundstück Berechtigter, was die Übernahmeerklärung voraussetzt, welche Regeln für sie gelten, ob Dritte unter bestimmten Umständen der Baulast zustimmen müssen, wie das "öffentliche Interesse" beschaffen ist, ob der Behörde ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum zusteht und welche Funktion der Eintragung zukommt, sind teilweise noch nicht einmal angeschnitten, geschweige denn beantwortet worden. Noch weniger hat man das praktisch sehr bedeutsame Problem, dessen Ungeklärtheit vermutlich die Länder Bayern und Rheinland-Pfalz von der Einführung der Baulasten abgehalten hat¹⁾, das Problem der Wirkung der Baulast auf die im Zeitpunkt ihrer

1) So Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 161 Fn. 471.

Übernahme bereits bestehenden Rechte Dritter, insbesondere die im Grundbuch eingetragenen Rechte, gelöst. Ebenso problematisch wie die Entstehung ist schließlich auch der Untergang der Baulast: Wer entscheidet über den Fortfall des öffentlichen Interesses? Gibt es außer dem behördlichen Verzicht noch andere Erlöschensgründe? Wie wirkt sich die Unmöglichkeit, Nichtigkeit des Kausalgeschäfts, das Fehlen, der Wegfall seiner Geschäftsgrundlage auf die Baulast aus? Kann der Belastete anfechten, kondizieren, Löschung oder Berichtigung verlangen? Welche Rechtsmittel stehen dem Betroffenen gegebenenfalls zu? Wiederum Fragen über Fragen. Angesichts dieser Ungewißheit verwundert es nicht, daß auch niemand genau weiß, ob und bejahendenfalls, zu welchen anderen als den traditionellen Zwecken sich die Baulast verwenden läßt.

2. Diese Ungeklärtheit bildet die Ursache für die unterschiedliche Handhabung der Baulast in der Praxis. Einige Behörden zeichnen sich durch große Zurückhaltung aus; lieber lehnen sie ein Baugesuch ab als eine Genehmigung gegen Übernahme einer nicht offensichtlich hieb- und stichfesten Baulast zu erteilen. Sie vermeiden es auch, das Publikum über die eventuellen Möglichkeiten einer Baulast zu beraten. Schon gar nicht versuchen sie, den Anwendungsbereich der Baulast von sich aus auszudehnen. "Keine Experimente" ist ihre - verständliche - Devise. Andere Behörden fallen in das gegenteilige Extrem. Bei ihnen werden getreu dem Buchstaben des Gesetzes alle Arten von ein Tun, Dulden oder Unterlassen betreffenden Verpflichtungen, auch etwa Verfügungsbeschränkungen, Überlassungs-, Nutzungs-, Teilungs- und Änderungsverbote, baulastmäßig gesichert, gleichgültig, ob sie innerhalb oder außerhalb eines konkreten Bauverfahrens übernommen worden sind. Der Erfindungsreichtum und die Experimentierfreudigkeit dieser Behörden straft alle gegenteiligen Behauptungen über die Verwaltung lügen. Schlimmstenfalls, so scheint ihre Einstellung zu sein, seien die Baulasten rechtswidrig oder nichtig und könnten jederzeit ohne Schwierigkeiten gelöscht werden.

II. Ziel der Untersuchung

Der Versuch, diesen praktisch wie theoretisch unbefriedigenden Zustand zu ändern, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Diese will also einen Beitrag sowohl zur rechtstheoretischen Präzisierung der Baulast als auch zu ihrer Fruchtbarmachung für die Praxis leisten. Sie nimmt daher zu Fragen rechtstheoretischer wie praktischer Natur gleichermaßen Stellung, ohne jedoch auf Schwerpunktbildung zu verzichten. Eine solche Schwerpunktbildung erweist sich schon im Hinblick auf den Umfang des Stoffes unerlässlich. Grundsätzliche Probleme werden deshalb eingehend untersucht, weniger wichtige ihrer Bedeutung entsprechend kürzer. Keine Frage wird jedoch bewußt unerörtert gelassen; der Vollständigkeit halber sind auch unbedeutendere Einzelaspekte mit der gebotenen Knappheit abgehandelt.

III. Prämissen und Auslegungskriterien

Die Art der gestellten Aufgabe verlangt eine Rechtfertigung der zu ihrer Lösung angewandten Methode. Dies um so mehr, als angesichts der Unerforschtheit der Baulast methodischen Fragen eine erheblich größere Bedeutung zukommt als gewöhnlich. Es geht nicht wie im Regelfall um die Klärung einzelner Streitfragen im Rahmen eines festgefügtten Normensystems, sondern es gilt, die Grundlagen des Rechtsinstituts überhaupt erst zu erarbeiten. Auch erleichtert eine Voranstellung der maßgeblichen methodischen Erwägungen die spätere Argumentation und ermöglicht eine bessere Nachprüfbarkeit der gefundenen Ergebnisse. Die Prämissen, auf denen die Untersuchung aufbaut und die daraus gewonnenen Auslegungskriterien werden daher in kurzen Zügen aufgezeigt¹⁾.

1) Aus dem Schrifttum zur Methodenlehre sind besonders hervorzuheben:

Heck, Philipp, Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912; ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 ff.; Sauer, Wilhelm, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940; Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., Stuttgart 1952; Reinicke, G.u.D., Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von

1. Den geeigneten Ansatz für eine schrittweise Präzisierung bilden die eindeutigen Angaben des Gesetzes, daß es sich bei der Baulast um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu einem ein Grundstück betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen handelt, deren Besonderheit außer in ihrer Wirkung gegenüber dem Rechtsnachfolger vor allem in der Freiwilligkeit ihrer Übernahme liegt. Aus diesen Angaben lassen sich mehrere wesentliche Aussagen ableiten.

a) Die Regelung der Baulast setzt das Privateigentum und die Verfügungsfreiheit darüber implizite voraus, denn sie fügt dem Recht des Eigentümers, sein Grundstück zu belasten, die Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Belastung hinzu. Es besteht also ein existenzieller Zusammenhang zwischen Baulast und Eigentumsordnung. Daraus folgt für die Auslegung die spezifische Relevanz der sich auf das Eigentum und die Verfügungsfreiheit beziehenden Verfassungsnormen, insbesondere von Art. 14 des Grundgesetzes.

b) Bei Zugrundelegung der traditionellen Funktion der Baulast hängt deren Bedeutung unmittelbar von dem Ausmaß öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen ab. Je umfangreicher die Eigentumsbeschränkungen sind, desto größere quantitative wie qualitative Bedeutung erlangt die Baulast als Mittel zur

Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952/1033 ff.; dieselben, Die Ausführung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952/453 ff.; Esser, Josef, Die Interpretation im Recht, Berlin-Göttingen 1954; Sieber, Wolfgang, Die Methode der Gesetzesauslegung, Heidelberg 1958; Coing, Helmut, Die politische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln und Opladen 1959; ders., Die juristischen Auslegungsmethoden, JZ 61/299; Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Aufl., Frankfurt 1960; Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., Heidelberg 1960; Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Göttingen-Heidelberg 1960; Lерche, Peter, Stil, Methode, Ansicht: polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, DVBl. 1961, 690; Viehweg, Theodor, Topos und Interessenjurisprudenz, 2. Aufl., München 1963; Kriele, Martin, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967.

Ermöglichung von Bauvorhaben. Infolge der geänderten und intensivierten Baugesetzgebung hat sich daher ein Bedeutungswandel vollzogen, auf Grund dessen die traditionelle Interpretation der Baulast nur noch beschränkte Gültigkeit besitzt.

c) Der von den historischen Vorbildern abweichende Gesetzeswortlaut liefert ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber von diesen Vorbildern materiell abweichen wollte. Da der Wortlaut die potentiell baulastfähigen Verpflichtungen weder inhaltlich beschränkt noch ihren Zusammenhang mit einem konkreten Bauverfahren voraussetzt, liegt die Annahme nahe, der Gesetzgeber habe den Anwendungsbereich der Baulast erweitern wollen. Bestätigte sich diese Annahme, so wäre eine an den früheren gesetzlichen Vorbildern orientierte historische Auslegung nur in begrenztem Umfange zulässig. Die heutige Gesetzesfassung liefert daher eine Hypothese, die anhand der Materialien einer näheren Überprüfung bedarf.

aa) Die Musterbauordnung hatte die Anwendbarkeit von Baulasten in einer Reihe von gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich vorgesehen, die hauptsächlich diejenigen Fälle betrafen, in denen die Baulast traditionell ihre größte Wirksamkeit entfaltet hatte¹⁾. In der Begründung heißt es, diese ausdrücklich geregelten Fälle bedeuteten aber nicht, daß die Übernahme anderer baurechtlicher Verpflichtungen ausgeschlossen sei, vielmehr lasse § 107 dies in allen Fällen zu, wo der Zweck des Gesetzes nicht entgegenstehe. So sei z.B. die Übernahme von Beschränkungen, die über die baurechtliche Verpflichtung hinausgehen, z.B. hinsichtlich der Freihaltflächen, der Gebäudehöhe, der Zweckbestimmung, der äußeren Gestaltung eines Gebäudes und der Schaffung von Gemeinschaftsanlagen durch die Nachbarn, aber auch durch den Bauenden selbst, denkbar²⁾.

1) § 4 (Zufahrt); §§ 7, 8 (seitlicher Grenzabstand); § 16 (Verwendung gemeinsamer Bauteile); §§ 33, 40, 70, 72 iVm § 9 (Brandabstände), § 67 (Stellplatzpflicht).

2) Musterbauordnung, a.a.O., S. 144.

Die Verfasser der Musterbauordnung wollten also eindeutig die Anwendung der Baulast auch außerhalb der gesetzlich normierten Fälle zulassen. Darin liegt aber noch keine schlüssige Antwort auf die gestellte Frage. Denn ob Baulasten nicht nur mit einem anderen Inhalt, sondern auch zu anderen Zwecken zulässig sind, geht daraus nicht hervor. Die Zulässigkeit für alle Fälle, "wo der Zweck des Gesetzes nicht entgegensteht", spricht zwar dafür, zwingend ist eine solche Auslegung jedoch nicht, da in den genannten Beispielen von der Übernahme durch den "Nachbarn" bzw. den "Bauenden" die Rede ist und in dieser Formulierung eine Implizierung der traditionellen Funktion der Baulast erblickt werden kann.

bb) Die amtlichen Begründungen zu den jeweiligen Entwürfen der Landesbauordnungen haben weitgehend die Begründung zur Musterbauordnung übernommen. Sie stellen den traditionellen Zweck der Baulast dar, erläutern einzelne Fälle und machen Ausführungen über die Nützlichkeit des Baulastenverzeichnisses. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Funktionserweiterung oder -limitierung findet sich in ihnen jedoch ebenfalls nicht.

cc) Ebensowenig aufschlußreich sind in dieser Hinsicht die Berichte über die Beratungen der Landtage. Bei ihnen standen wiederum die traditionellen Anwendungsmöglichkeiten der Baulast im Vordergrund. Ansonsten lassen sich keine besonderen Vorstellungen der Abgeordneten über ihre etwaigen sonstigen Zwecke nachweisen. In den Ländern, die die Baulast erstmalig einführten, scheint überwiegend die Einstellung geherrscht zu haben, daß dieses "Novum"¹⁾ möglicherweise nützliche Dienste leisten könne und daher ein Versuch gewagt werden sollte. Kennzeichnend dafür dürfte die Bemerkung des nordrhein-westfälischen Abgeordneten Schneider sein, man habe keine Erfahrungen und müsse es deshalb exerzieren; wenn es nicht funk-

1) Abgeordneter Schneider, LT NRW, 4. Wahlperiode, 81. Sitzung am 8.5.1962, Sten.Ber. S. 3044 (D).

tioniere, könne man es abstellen¹⁾).

dd) Die Materialien sind somit für die Frage einer hypothetischen gesetzgeberischen Absicht, den Anwendungsbereich der Baulast zu erweitern, unergiebig. Der Gesetzgeber hat weder ausdrücklich noch konkludent einen dahingehenden Willen zu erkennen gegeben. Andererseits fehlen aber auch jegliche Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Willen. Feststellbar sind lediglich allgemeine Zweckmäßigkeitserwähnungen. Die aus heutigen Gesetzesfassungen abgeleitete Hypothese einer spezifischen gesetzgeberischen Intention wird daher weder bestätigt noch widerlegt.

2. Unter diesen Umständen und bei der Unterstellung, daß das Gesetz einen vernünftigen Sinn habe, kann man die Baulast nur so interpretieren, daß man einen vernünftigen Sinn zu ermitteln sucht, d.h. Zweifelsfragen unter Berücksichtigung der Konsequenzen, in die die eine oder die andere Ansicht führen würde, zu entscheiden versucht²⁾. Anders ausgedrückt: unter Heranziehung von philologischen, logischen, historischen, systematischen und teleologischen Kriterien ist der dem Gesetz innewohnende vernünftige Sinn³⁾ zu erschließen. Der Maßstab dafür, ob und wann ein unterstellter Sinn vernünftig ist, ergibt sich dabei einmal unmittelbar aus dem Gesetz selbst - die Baulast muß (auch) im "öffentlichen Interesse" liegen⁴⁾ - und zum anderen aus den utilitarischen Erwägungen des Gesetzgebers: sinnvoll und vernünftig ist diejenige Auslegung, bei der die Baulast öffentliche Interessen am weitestgehenden befriedigt.

Diese Aussage vermittelt eine wesentliche Erkenntnis. Aus ihr folgt, daß eine auf das öffentliche Interesse ausgerichtete teleologische Auslegung eine noch größere Bedeutung als

1) LT NRW, 4. Wahlperiode, 83. Sitzung am 7.6.1962, Sten.Ber. S. 3096 (A).

2) Vgl. Kriele, a.a.O., S. 291.

3) Vgl. Larenz, a.a.O., S. 237 ff. und S. 250 ff.

4) Dazu näher unten S. 94 ff.

schon nach den allgemeinen methodischen Grundsätzen¹⁾ besitzt. Daraus wieder resultieren drei entscheidende Folgerungen: in allen Zweifelsfällen gibt bei Fehlen überwiegender anderer Gesichtspunkte das Kriterium des größeren öffentlichen Interesses den Ausschlag; die Baulast kann auch in solchen Fällen Anwendung finden, die vom Gesetzgeber nicht gesehen worden sind, oder in denen sie nach früherem Recht unzulässig war; und die Funktion der Baulast darf über den traditionellen Bereich hinaus ausgeweitet werden. Sind andere spezifische Kriterien nicht vorhanden, steht der Anwendung der Baulast überall dort, wo sie ein öffentliches Interesse erfüllen kann, daher nichts entgegen. Tendenziell ist die Baulast demnach extensiv auszulegen.

3. Ihre Grenze findet die Auslegung in der gesetzgeberischen Kompetenz, den Wertungen der Verfassung und den Geboten der Widerspruchsfreiheit und der systematischen Einheitlichkeit. Der Wirkungsbereich der Baulast kann sich nur soweit erstrecken, wie die dem Landesgesetzgeber eingeräumte Regelungsbefugnis reicht. Einer wie immer gearteten Auslegung sind daher durch die Art. 70 ff. bzw. 83 ff. GG objektive Schranken gezogen. Das Gebot der Verfassungskonformität versteht sich von selbst, ebenso das der logischen Widerspruchsfreiheit. Ein praktisch wichtiges Auslegungskriterium bildet auch die systematische Einheitlichkeit. Zahlreiche Einzelfragen tauchen auf, bei denen sonstige Kriterien fehlen und deshalb mehrere Lösungsmöglichkeiten vertretbar sind. In diesen Fällen kann eine Entscheidung nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts und besonders des Baurechts getroffen werden. Im Interesse einer einheitlichen Systematik verdient dann diejenige Auslegung den Vorzug, die mit den allgemeinen Grundsätzen am besten im Einklang steht.

1) Vgl. das in Fn. 1 auf Seite 16/17 angegebene Schrifttum, insbesondere Larenz, a.a.O., S. 259 ff.

IV. Plan der Darstellung

Aus den angestellten Überlegungen folgt fast zwangsläufig folgender Aufbau der Untersuchung:

Zunächst sind, soweit unmittelbar für die Baulast relevant oder für das Verständnis erforderlich, das materielle Baurecht und das Bauverfahren unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grundlagen darzustellen. Daran schließt sich die Erörterung des abstrakten Anwendungsbereichs und des potentiellen Inhalts der Baulast an (§§ 5, 6)¹⁾. Es folgen drei Kapitel über die Entstehung (§§ 7-11), die Wirkung (§§ 12-15) und den Untergang der Baulast (§§ 16-17) sowie ein Kapitel über das Baulastenverzeichnis (§ 18). Den Schluß schließlich bildet eine Würdigung der Baulast in praktischer und dogmatischer Hinsicht (§§ 19, 20).

II. Kapitel: System des Baurechts

§ 4 Materielles Baurecht, Bauverfahren und Verfassungsrecht

I. Geschichtliches²⁾

In der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts erließen

-
- 1) Dieser Komplex ist u.a. deshalb vor dem der Entstehung der Baulast abzuhandeln, weil zwar der Anwendungsbereich und Inhalt der Baulast für Einzelfragen ihrer Entstehung bedeutsam sind, nicht aber umgekehrt. Beispielsweise hängt der Umfang der bei der Entstehung der Baulast zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen von deren abstraktem Anwendungsbereich und potentielltem Inhalt ab.
 - 2) Zur Geschichte des Baurechts vgl. z.B. das Gutachten über die Erfordernisse der Bau- und Bodengesetzgebung (Weinheimer Gutachten), Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Bd. 1, S. 9 ff.; Musterbauordnung a.a.O., S. 109 ff.; Buri in Staatslexikon Bd. I, Sp. 931 ff. Zopfs Grunddienstbarkeit, S. 5 ff., und vor allem die hervorragende und umfassendste Darstellung bei Zinkahn-Bielenberg, Bundesbaugesetz, Einleitung, Rdn. 1-50.

mehrere Länder¹⁾ neue Baugesetze, die strengere Anforderungen an bauliche Anlagen stellten. Obwohl diese Gesetze einen erheblichen Fortschritt gegenüber den bisherigen unvollkommenen Regelungen bedeuteten, konnten sie die durch die rasche Bevölkerungsvermehrung und Industrialisierung aufgeworfenen Probleme nicht annähernd bewältigen. Häßliche Mietskasernen, lichtlose Hinterhöfe, ungesunde Wohnverhältnisse und eine Verschandelung der Städtebilder waren die traurigen, teils heute noch sichtbaren Folgen. Im Laufe der Zeit wurden die Vorschriften deshalb ständig erweitert und verschärft; zum Teil wurden später sogar völlig neue Bauordnungen erlassen²⁾. In den dreißiger Jahren ergingen eine Reihe von reichsrechtlichen Gesetzen und Verordnungen³⁾, die die baurechtlichen Eigentumsbeschränkungen noch weiter ausdehnten und als Vorläufer eines umfassenden Reichsstädtebaugesetzes gedacht waren. Zu einer den Bedürfnissen der modernen Industriegesellschaft entsprechenden einheitlichen Regelung des Baurechts kam es infolge der Kriegsereignisse jedoch nicht mehr.

Nach dem Kriege erwiesen sich die vorhandenen landes- und reichsrechtlichen Vorschriften für die Lösung der vielfältigen Probleme als unzureichend. Nicht nur mußten die schwer zerstörten Städte wieder aufgebaut, sondern auch zusätzlicher Wohnraum für Millionen von Flüchtlingen geschaffen werden. Eine solche Aufgabe war nur durch eine intensivierte Planung, Bodenordnung und Enteignung, also durch noch tiefere staatliche Eingriffe in die Freiheit des Grundeigentums zu lösen, die in den nach dem Kriege ergangenen landesrechtli-

1) Württemberg 1872; Preußen (Fluchtliniengesetz) 1875; Hessen 1881; Sachsen 1900; Bayern (Bauordnung) 1901.

2) Z.B. Thüringen 1930; Sachsen 1932; Hamburg 1938.

3) Hauptsächlich das Gesetz zur Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22.9.1933 (RGBl. I, S. 659); das Gesetz über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens vom 3.7.1934 (RGBl. I, S. 568); die Verordnung zur Regelung der Bebauung vom 15.2.1936 (RGBl. I, S. 704); das Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4.10.1937 (RGBl. I, S. 1054) und die dazu ergangenen Ausführungsvorschriften.

chen Aufbaugesetzen¹⁾ ihre gesetzliche Grundlage fanden. Legitimiert durch die Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG und gestützt auf eine Verfassung, die zwar das Eigentum gewährleistet, gleichzeitig aber die Sozialbindung des Eigentums ausdrücklich hervorhebt, hat der Staat damit die ursprüngliche Baufreiheit noch weiter eingeschränkt. Dieser Zustand besteht heute, wenn auch auf Grund anderer Vorschriften, unvermindert fort. Ein Großteil der Materie, das Bauplanungsrecht, ist, nachdem der Bund von der ihm nach Art. 74, 19 iVm 18 GG zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz²⁾ durch den Erlass des Bundesbaugesetzes (BBauG)³⁾ und der Baunutzungsverordnung (BNuVO)⁴⁾ Gebrauch gemacht hat, Bundesrecht geworden, während das klassische Baupolizei-

-
- 1) Württemberg-badisches Aufbaugesetz vom 18.7.1948 (RGBl., S. 127), badisches Aufbaugesetz vom 25.11.1949 (GVBl. 1950, S. 29), hamburgisches Aufbaugesetz vom 11.4.1949 (GVBl., S. 45), hessisches Aufbaugesetz vom 25.10.1948 (GVBl., S. 139), niedersächsisches Aufbaugesetz vom 9.5.1949 (GVBl. Sb I, S. 398), nordrhein-westf. Aufbaugesetz vom 29.4.1950 (GVBl., S. 78), rheinland-pfälzisches Aufbaugesetz vom 1.8.1949 (GVBl., S. 317), Gesetz über Planung und Städtebau im Saarland vom 23.11.1948 (Amtsblatt, S. 1494), schleswig-holsteinisches Aufbaugesetz vom 21.5.1949 (GVBl., S. 93). Hinsichtlich der Literatur vgl. statt aller den führenden Kommentar von Ernst-Friede zum Aufbaugesetz NRW, 4. Auflage, Düsseldorf 1958.
 - 2) Der Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzw. der Länder wurde in dem Gutachten des Bundesverfassungsgerichts vom 16.6.1954 (BVerfGE 3/407 ff.) klargestellt.
 - 3) Bundesbaugesetz vom 23.6.1960 (BGBl. I, S. 361). Dazu siehe außer den im Literaturverzeichnis Genannten: Knaup-Ingenstau, Bundesbaugesetz mit Kommentar, Düsseldorf 1960; Dittus, Wilhelm, Einführung in das Bundesbaugesetz, Frankfurt-Berlin 1961; van Hausen-von der Heide, Bundesbaugesetz, Handkommentar, 2. Aufl., München 1962; Bonczek-Halstenberg, Bau-Boden, Hamburg 1963; Kister-Schulte, Bundesbaugesetz, 3. Aufl., Siegburg 1967.
 - 4) Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) vom 26.6.1962 (BGBl. I, S. 429). Siehe dazu: Förster, Hans, Baunutzungsverordnung, Kommentar, Berlin 1964; Schöning-Wolff, Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung), Stuttgart 1964; Knaup, Hans, Baunutzungsverordnung, 4. Aufl., Düsseldorf 1966; Franzen, Wilhelm, Baunutzungsverordnung, Kommentar, Berlin 1965.

recht nach wie vor den Landesbauordnungen vorbehalten ist. Das heutige materielle Baurecht wird also durch eine Zweispurigkeit der Rechtsgrundlagen gekennzeichnet.

II. Das Bauplanungsrecht

Das Bauplanungsrecht regelt im wesentlichen, wo, in welchem Umfang, in welcher Art und Weise gebaut werden darf. Es befaßt sich also nicht mit der Bauausführung in technischer, statischer, feuerpolizeilicher, ästhetischer und sonstiger Hinsicht, sondern mit der Frage, ob und wo welche Arten von Bauvorhaben, mit welcher Größe und mit welcher Zweckbestimmung errichtet werden können, also mit der Zulässigkeit von Bauvorhaben im Hinblick auf die jeweiligen Grundstücke und deren Umgebung¹⁾.

1. Rechtstechnisch erreicht das Gesetz dies, indem es drei Hauptkategorien von Gebieten bildet: den Geltungsbereich eines Bebauungsplans, den Innenbereich und den Außenbereich, und für jedes Gebiet unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen für Bauvorhaben aufstellt. Jedes Grundstück fällt in eines der drei Gebiete, woraus sich dann die jeweilige Bebaubarkeit ergibt. Stark vergrößert regelt das Gesetz die Bebaubarkeit wie folgt:

a) Im Geltungsbereich eines (qualifizierten) Bebauungsplans richtet sich die Zulässigkeit von Bauvorhaben aller Art ausschließlich nach den Festsetzungen des Bebauungsplans²⁾. Die Bebauungspläne setzen, soweit erforderlich, u.a. Verkehrsflächen, Versorgungsflächen, Grünflächen für die verschiedensten Zwecke, Flächen für die Land- und Forstwirtschaft, Flächen für Gemeinschaftsanlagen, Gemeinschaftsstellplätze und Gara-

1) Über die Abgrenzung von Bauordnungs- und Bauplanungsrecht siehe z.B. Gelzer, Bauplanungsrecht, §§ 1-7.

2) Die Bebauungspläne werden von den einzelnen Gemeinden in eigener Verantwortung, sobald und soweit es erforderlich ist, als Satzungen erlassen (§§ 2 I, 10 BBauG). Sie stellen das herausragende Mittel zur Ordnung der städtebaulichen Entwicklung dar und bilden die Zentralmaterie des Bundesbaugesetzes.

gen usw. und vor allem das Bauland fest¹⁾. Soweit ein Grundstück nicht als privates Bauland ausgewiesen ist, darf der Eigentümer überhaupt nicht bauen. Er wird aber meist angemessen entschädigt oder kann die entgeltliche Übernahme der unbebaubaren Fläche verlangen²⁾. Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Grundstück auch enteignet werden³⁾. Soweit der Bebauungsplan dagegen ein Grundstück als Bauland ausweist, regelt er im einzelnen u.a. Art und Maß der baulichen Nutzung, die Bauweise, die überbaubaren und die nicht überbaubaren Grundstücksflächen, die Stellung der baulichen Anlagen und die Mindestgröße der Grundstücke⁴⁾.

aa) Die Regelung der Art der baulichen Nutzung der zulässigen Typen von Bauvorhaben erfolgt durch Bildung von vier verschiedenen Arten von Bauflächen, die ihrerseits in insgesamt zehn Unterarten aufgeteilt sind und die die Bebauung genau festlegen⁵⁾. So dienen beispielsweise "reine Wohngebiete" ausschließlich dem Wohnen, daher können in ihnen nur Wohngebäude und ausnahmsweise auch Läden sowie bestimmte nicht störende Handwerksbetriebe und kleine Betriebe des Beherbergungszwecks zugelassen werden; alle anderen Arten von Bauten sind ausgeschlossen.

bb) Das Maß der baulichen Nutzung wird bestimmt durch Festsetzung der Geschoßflächenzahl oder der Baumassenzahl, der Grundflächenzahl oder der Grundflächen der baulichen Anlagen und der Zahl der Vollgeschosse⁶⁾. Es handelt sich hierbei um Richtzahlen für die maximal zulässige Ausnutzung des Grundstücks, die ebenso wie die Festsetzung einer bestimmten Mindestgröße des Grundstücks eine Disproportion zwischen

1) Vgl. im einzelnen § 9 BBauG.

2) Vgl. im einzelnen die §§ 40 ff. BBauG.

3) Vgl. die §§ 85 ff. BBauG.

4) § 9 I Ziff. 1 BBauG.

5) §§ 1-11 BNuVO.

6) §§ 16 ff. BNuVO.

der Größe des Bauvorhabens und des Grundstücks verhindern sollen. Die Baulinien, Baugrenzen und die Bauweise schließlich legen fest, an welcher Stelle des Baugrundstücks gebaut werden darf und an welcher nicht, und ob an das Nachbarhaus angebaut werden kann oder muß¹⁾. Schließlich kann der Eigentümer auch bei Einhaltung aller sonstigen Voraussetzungen nicht ohne weiteres auf seinem Grundstück bauen, wo er will, also nicht etwa seinen Bungalow in der äußersten Nordostecke oder an der Südseite errichten, sondern muß auf einer Baulinie bauen bzw. darf eine Baugrenze nicht überschreiten oder hat das Bauvorhaben unmittelbar an den Nachbarbau anzuschließen.

b) Im Innenbereich, d.h. innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, für die die Gemeinde noch nicht beschlossen hat, einen Bebauungsplan aufzustellen, oder für den ein solcher sich erübrigt, ist ein Bauvorhaben dann zulässig, wenn es nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung unbedenklich ist²⁾. Ob das der Fall ist, ergibt sich unter sinngemäßer Anwendung der Baunutzungsverordnung³⁾. Dabei ist das fiktive Baugebiet nach der tatsächlichen Eigenart der näheren Umgebung zu bestimmen. Liegt also ein Grundstück zwischen Lagerhäusern, Geschäftsgebäuden und Tankstellen, so befindet es sich in einem Gewerbegebiet und darf mit einem nach § 8 BNuVO für ein derartiges Gebiet zulässigen Gebäude bebaut werden. Die Bestimmungen über das Maß der baulichen Nutzung, die Mindestgröße und die überbaubaren Grundstücksflächen gelten entsprechend.

c) Im Außenbereich schließlich, der alle übrigen Gebiete umfaßt, sind bestimmte privilegierte Vorhaben wie land- und forstwirtschaftliche Betriebe oder Landarbeiterstellen bei nicht entgegenstehenden öffentlichen Belangen und gesicherter ausreichender Erschließung zulässig, sonstige Vorhaben

1) §§ 22, 23 BNuVO.

2) § 34 BBauG.

3) § 24 BNuVO.

nur, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt¹⁾. Der Rahmen dieser "öffentlichen Belange" ist vom Gesetz sehr weit gesteckt, ihre Beeinträchtigung liegt nach § 35 Abs. 3 BBauG "insbesondere vor, wenn das Vorhaben unwirtschaftliche Aufwendungen für Straßen und andere Verkehrseinrichtungen, Versorgungs- und Abwasseranlagen, für die Sicherheit, Gesundheit oder für sonstige Aufgaben erfordert, die Wasserwirtschaft gefährdet, das Ortsbild verunstaltet oder die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigt, oder wenn die Entstehung einer Splittersiedlung zu befürchten ist." Da regelmäßig mindestens eine dieser Beeinträchtigungen gegeben ist, hat § 35 BBauG in der Praxis für nicht privilegierte Vorhaben weitgehend zu einer Bausperrre geführt.

2. Darüber hinaus hat das Gesetz zur Sicherung und Durchführung der Planung eine Reihe von Beschränkungen vorgesehen wie Veränderungssperren²⁾, Genehmigungserfordernisse für die Auflassung und Teilung von Grundstücken³⁾, Vorkaufsrechte zugunsten der Gemeinde⁴⁾ und die zwangsweise Bodenordnungsverfahren (Umlegungs-⁵⁾ und Grenzregelungsverfahren⁶⁾).

1) § 35 BBauG. Trotz des Wortlautes des § 35 II "sonstige Vorhaben können zugelassen werden" billigen das BVerwG und das OVG Münster dem Bauwilligen bei Nichtbeeinträchtigung öffentlicher Belange einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung zu (BVerwG, DVBl. 1964, 527; OVG Münster, DVBl. 1964, 542; zustimmend KK-Grauvogel, § 35 3 d dd; anders dagegen (Ermessen) BayVG, BayVBl. 1963/122; Heitzer-Oestreicher, § 35 Bem. 3; Knap-Ingenstau, § 35; Neuffer, § 35 Anm. zu Abs. 1 und 3; Schütz-Frohberg, § 35 Anm. 2; Franzen, § 35 III 4.

2) §§ 14 ff. BBauG.

3) §§ 19 ff. BBauG.

4) §§ 24 ff. BBauG.

5) §§ 45 ff. BBauG.

6) §§ 80 ff. BBauG.

III. Das Bauordnungsrecht

Demgegenüber regelt das Bauordnungsrecht die das Bauvorhaben unmittelbar betreffenden Verhältnisse, insbesondere die Anforderungen, die an das Bauwerk in technischer und gestaltungsmäßiger Hinsicht zu stellen sind. Nach den Generalklauseln der Landesbauordnungen sind bauliche Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instandzuhalten, daß die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit nicht gefährdet werden. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten, bauliche Anlagen dürfen nicht verunstaltend wirken oder das Gesamtbild der Umgebung stören und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände zu benutzen sein¹⁾. In den folgenden Bestimmungen werden diese Generalklauseln dann im einzelnen konkretisiert²⁾. Von

1) Z.B. § 3 nw BauO.

2) Das Gesetz (dargestellt am nordrhein-westfälischen Recht, Entsprechendes gilt für die anderen Bauordnungen) trifft zunächst Bestimmungen über die Grundstücke und ihre Bebauung, wonach bauliche Anlagen u.a. einen sicheren Zugang benötigen und der Einsatz von Feuerlösch- und Rettungsgeräten ohne Schwierigkeiten möglich sein muß (§§ 4 II, 6). Die Baugrundstücke sind, soweit nicht an die Grundstücksgrenze gebaut werden darf, in voller Tiefe entlang den seitlichen Grundstücksgrenzen in einer bestimmten Breite von baulichen Anlagen freizuhalten (Bauwich, § 7), ebenso eine Fläche in mindestens derselben Tiefe von der hinteren Grundstücksgrenze (hinterer Grenzabstand, § 8 XIII). Vor notwendigen Fenstern von Aufenthaltsräumen sind ebenfalls bestimmte Flächen von baulichen Anlagen freizuhalten (Abstandsflächen), die in ihrer Tiefe auf dem Grundstück selbst liegen müssen (§ 8 I, II). Die nicht überbauten Flächen der bebauten Grundstücke sind in bestimmten Baugebieten gärtnerisch anzulegen und zu unterhalten; bei Gebäuden mit mehr als zwei Wohnungen ist auf dem Grundstück überdies eine Spielfläche für Kinder zu schaffen (§ 10).

Nach einigen kurzen Vorschriften über Baustellen, Gestaltung, Anlagen der Außenwerbung und Warenautomaten (§§ 13-15) folgen als Kernstück die Vorschriften über die Anforderungen an die Bauausführung (§§ 16-69). In drei Abschnitten statuiert das Gesetz die allgemeinen Anforderungen bezüglich der Standsicherheit, Verkehrssicherheit, Beheizung, Belichtung, Belüftung und des Wärme-, Schall-, Erschütterungs- und Brandschutzes etc. (§§ 16-21), die Anforderungen bezüglich der Art und Qualität von Baustoffen, Bauteilen und Bauarten (§§ 22-26) und die Anfor-

besonderer Wichtigkeit für die Zwecke der Baulast sind dabei die Vorschriften über die Zufahrt, die Einhaltung von Bauwichen, hinteren Grenzabständen und Abstandsflächen, die Herstellung von Brandwänden und die Anlegung von Stellplätzen, weil das Gesetz dort ausdrücklich die Durchbrechung dieser Vorschriften zuläßt, sofern durch Übernahme einer Baulast dem öffentlichen Interesse auf andere Weise hinreichend Rechnung getragen ist.

IV. Das Bauverfahren

Die Einhaltung der baurechtlichen Normen gewährleistet das Gesetz dadurch, daß es die Errichtung, Änderung oder den Abbruch baulicher Anlagen (mit geringfügigen Ausnahmen) einer baubehördlichen Kontrolle unterwirft. Zu diesem Zweck unterscheiden die Landesbauordnungen zwischen genehmigungspflichtigen, anzeigepflichtigen und (unbedeutenden) genehmigungs- und anzeigefreien Vorhaben¹⁾.

1. Vor der Errichtung von genehmigungspflichtigen Vorhaben hat der Bauherr einen schriftlichen Bauantrag nebst einer Reihe von Unterlagen wie Lageplan, Bauzeichnungen, statischen Berechnungen etc. bei der Baubehörde einzureichen²⁾. Entspricht das Vorhaben den gesetzlichen Vorschriften nicht, so wird es abgelehnt. Nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen, oder wenn Gründe des allgemeinen Wohls die Abweichung erfordern oder die Durchführung des Einzelalles zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung unter Würdigung nachbarlicher In-

derungen an den Bau und seine Einzelteile, die wiederum in dreizehn Unterabschnitte über Gründung, Wände (§§ 27 ff.), Decken, Dächer, Vorbauten (§§ 34 ff.), Treppen, Rettungswege, Aufzüge (§§ 38 ff.), Fenster, Türen (§ 41), Feuerungsanlagen (§§ 45 ff.), die Anlegung von Stellplätzen (§ 64) etc. unterteilt sind.

1) Z.B. §§ 80, 81 nw BauO.

2) § 83 nw BauO iVm §§ 1 ff. der 1. DVO z. BauO vom 16.7. 1962 (GVBl. S. 459; SGV 23).

teressen¹⁾ mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, können Ausnahmen bzw. Befreiungen (Dispense) von einzelnen Vorschriften erteilt werden²⁾. Kleinere Verstöße lassen sich überdies durch der Baugenehmigung beigefügte Auflagen, Bedingungen oder Widerrufsvorbehalte korrigieren. Entspricht das Bauvorhaben dagegen den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so muß die Bauaufsichtsbehörde die Genehmigung erteilen. Erst mit dieser Erklärung, daß dem beabsichtigten Bauvorhaben Hindernisse aus dem zur Zeit der Erteilung der Genehmigung geltenden öffentlichen Recht nicht entgegenstehen³⁾, wird das präventive Verbot, von dem Recht zum Bauen Gebrauch zu machen⁴⁾ aufgehoben, und dem Bauherrn gestattet, den Bau in der genehmigten Form auszuführen.

2. Bei anzeigepflichtigen Vorhaben gilt materiell dasselbe, nur braucht der Bauherr nicht eine spezielle Baugenehmigung zu beantragen, sondern hat das Bauvorhaben der Baubehörde lediglich anzuzeigen⁵⁾. Widerspricht die Baubehörde nicht, so darf einen Monat nach Eingang der Anzeige mit der Aus-

-
- 1) Eine "Würdigung nachbarlicher Interessen" ist in der nw BauO nicht ausdrücklich vorgesehen, hat jedoch nach weit- aus h.M. ebenso wie bei der Dispenserteilung von bundes- gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen, vgl. OVG Münster 19/24 und 19/107; Scheerbarth, Bauordnungsrecht, S. 342 ff. mwN.
 - 2) §§ 31 II BBauG, 24 III BNuVO, 86 nw BauO. Die Rechtsgül- tigkeit des § 24 III BNuVO als Grundlage für Dispense im Innenbereich ist allerdings zweifelhaft, weil eine Rechts- verordnung ein Gesetz, das keine Befreiungsmöglichkeit vorsieht, nicht abändern kann, vgl. VGH BW DÖV 1965/53; Gelzer, Bauplanungsrecht, S. 200; Meyer, DVBl. 1964/518 und die Kommentare zur Baunutzungsverordnung. Anderen- falls kommt man zu einer Befreiungsmöglichkeit im Innen- bereich nur, wenn man den Dispens als einen integralen Bestandteil des Baurechts ansieht (so offenbar das OVG Lüneburg, BLGWB 1963/110; a.A. OVG Münster 12/131 = DVBl. 1957, 547 = BBauBl. 1957, 531; DÖV 1957, 458 und Gelzer, Bauplanungsrecht, S. 198 ff.).
 - 3) ProVG 98/220; 105/219; OVG Münster, DÖV 1952/736, BGH VerwRspr. 13, 57.
 - 4) Von O. Mayer (Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 289) als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bezeichnet.
 - 5) § 87 I nw BauO.

führung des Vorhabens begonnen werden¹⁾. Der Unterschied zum Genehmigungsverfahren besteht also darin, daß nach Ablauf der Monatsfrist die Zustimmung der Baubehörde als erteilt gilt²⁾.

3. Wird eine genehmigungs- oder anzeigepflichtige bauliche Anlage unter Verstoß gegen formelle und materielle Vorschriften errichtet oder geändert, oder geht von ihr nachträglich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus, so ist ebenfalls die Baubehörde zum Einschreiten ermächtigt. Sie kann eine nach den Umständen des Falles notwendige und geeignete Verfügung erlassen, erforderlichenfalls sogar die Beseitigung der Anlage verlangen. Für derartige Verfügungen gelten in formeller und subsidiär auch in materieller Hinsicht die polizei- bzw. ordnungsrechtlichen Bestimmungen³⁾ sowie die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze über belastende Verwaltungsakte; insbesondere müssen die Verfügungen schriftlich, bestimmt, notwendig, geeignet, verhältnismäßig und an den richtigen Adressaten (Handlungs- bzw. Zustandsstörer) gerichtet sein⁴⁾.

V. Baurecht, Verfassungsrecht und Baulast

1. Von der Baufreiheit des laissez - faire ist also nicht sehr viel übrig geblieben. Im Außenbereich ist die Baufreiheit praktisch beseitigt, im Innenbereich hängt sie von der jeweiligen Bebauung der Umgebung ab und im Bereich eines Bebauungsplans ist sie diesem Plan unterworfen. Die Planungs-

1) § 89 III nw BauO.

2) In terminologischer Hinsicht ist streitig, ob es sich dabei um eine (idR stillschweigend erteilte) Genehmigung handelt, so OVG Lüneburg, BLGBW 1963, 47 = ZMR 1963, 157 = BRS 13, 51, da das Anzeigeverfahren ein "abgekürztes Genehmigungsverfahren" sei oder, weil Genehmigungen der Schriftform bedürfen (§ 88 I 2) um eine besonders geartete Zustimmung, so Gelzer, Bauplanungsrecht, S. 90 f., und ihm folgend Scheerbarth, Bauordnungsrecht, S. 396 ff.

3) § 77 II nw BauO.

4) Vgl. eingehend Scheerbarth, Bauordnungsrecht, §§ 4-17 mwN.

freiheit des Staates und der Gemeinden reicht weiter denn je. Das gesetzliche Arsenal zur Vorbereitung, Sicherung und Durchführung der Planung schränkt das Eigentum weiter ein; im Falle der Enteignung ist die Eigentumsgarantie sogar zu einer bloßen Eigentumswertgarantie¹⁾ herabgesunken. So hat sich der Akzent von der Freiheit immer mehr auf die Sozialbindung des Eigentums verlagert. Die auf dem Privateigentum aufbauende Rechtsordnung hat die ihr vom planerischen Standpunkt immanente Inferiorität gegenüber kollektiven Systemen weitgehend ausgeglichen: Das Eigentum wird den Zielen der Gesellschaft untergeordnet.

2. Wie immer diese Beschränkungen des Eigentums im Hinblick auf die Anforderungen der modernen Industriegesellschaft gerechtfertigt sein mögen, ihre Rechtmäßigkeit steht immer unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Jede Eigentumsbeschränkung läßt sich nur rechtfertigen, wenn sie weder außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten öffentlichen Interesse steht noch das öffentliche Interesse ebenso gut mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden kann. In der Erfüllung dieser sich unmittelbar aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 ergebenden Forderung liegt eines der Zentralprobleme des Baurechts. Denn was im öffentlichen Interesse geboten ist und welche Eingriffe in das Eigentum dazu erforderlich sind, wird jeweils immer bestimmt (und kann es notwendigerweise auch nur) abstrakt-generell durch die allgemeinen Baurechtsnormen und die Baupläne. Diese zielen aber darauf ab, nicht einen Einzelzustand, sondern einen baulichen Gesamtordnungszustand zu verwirklichen und können daher die Besonderheiten der jeweils betroffenen Grundstücke nicht eigens berücksichtigen. Dadurch wirken sie sich häufig nicht nur ungleich aus (ein Grundstück wird Grünfläche, ein anderes Straßenfläche, ein drittes ein wertvolles Eckgrundstück), sondern schränken auch das Eigentum oft mehr als im öffentlichen Interesse erforderlich ein und können zu einer erheblichen Wertminderung des Grundstücks führen.

1) Weber in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, S. 350; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 14 VII vor 3 und in 3 a.

Während die Ungleichbehandlung der Grundstücke wegen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums regelmäßig hinzugenommen werden muß (ist der Bebauungsplan in sich folgerichtig, so hat der Eigentümer des nunmehrigen Eckgrundstücks eben Glück gehabt, derjenige der nunmehrigen Grünfläche eben Pech), mußte das Gesetz hinsichtlich der unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen Korrekturmöglichkeiten einräumen. Dies hat es durch die Schaffung von Ausnahme- und Dispensmöglichkeiten sowie die Ermöglichung von Bodenordnungsverfahren auch getan. Diese Korrektive reichen jedoch nicht aus, um die Verhältnismäßigkeit der baurechtlichen Beschränkungen in jedem Falle zu sichern. Eine Ausnahme ist an bestimmte enge Voraussetzungen gebunden; ein Dispens erfordert eine "offenbar nicht beabsichtigte Härte im Einzelfall" und eine Vereinbarkeit der Abweichung von den Vorschriften mit den öffentlichen Belangen - Voraussetzungen, die häufig nicht vorliegen -, und die Bodenordnungsverfahren mindern die Auswirkungen baulicher Beschränkungen nur, indem sie dem einen Eigentümer geben, was sie dem anderen wegnehmen. Das Problem der Verhältnismäßigkeit ist daher mit den herkömmlichen Korrektiven nur unvollkommen gelöst.

3. Auf diesem Hintergrund verdeutlicht sich die klassische Funktion der Baulast. Ebenso wie Ausnahmen, Dispense und Bodenordnungsverfahren bildet die Baulast in ihrer klassischen Funktion (auch) ein Korrektiv gegen unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen. Übernimmt der Eigentümer eine Baulast, um ein eigenes Bauvorhaben zu ermöglichen, so tut er dies deshalb, weil die Baulast gegenüber einem Bauverbot das geringere Übel darstellt. Ebenso wird bei einer Baulastübernahme zugunsten des Nachbarn dessen Vorteil größer sein als die Belastung des Eigentümers, allein schon deshalb, weil die Übernahme in der Regel gegen ein Entgelt erfolgt. In beiden Fällen überwiegt also der Vorteil des Begünstigten den Nachteil der Belastung, und zwar ohne daß dadurch das öffentliche Interesse beeinträchtigt würde. Die Baulast ermöglicht damit die Aufhebung einer einschneidenden öffentlich-rechtlichen Beschränkung durch Übernahme einer weniger einschneiden-

den unter gleichzeitiger Wahrung des öffentlichen Interesses. Gegenüber einem Dispens oder einer Ausnahme hat sie überdies den Vorzug, daß der entstehende bauliche Zustand nicht nur "mit dem öffentlichen Interesse vereinbar" ist, sondern ihm in vollem Umfange entspricht und gegenüber einem Bauordnungsverfahren, daß sie freiwillig übernommen wird, weniger kompliziert ist und die Eigentumsverhältnisse unberührt läßt. Die Baulast stellt daher (unter anderem) nicht nur ein sehr geeignetes, sondern auch höchst elegantes Mittel zur Lösung des Verhältnismäßigkeitsproblems dar.

III. Kapitel: Anwendungsbereich und Inhalt der Baulast

§ 5 Der Anwendungsbereich

I. Problematik

Das Gesetz bestimmt nicht ausdrücklich, welche Arten von öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu einem sein Grundstück betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen der Eigentümer übernehmen kann. Aus der Bezeichnung der Verpflichtungen als "Baulasten", ihrer Stellung in den Landesbauordnungen, der vom Gesetzgeber intendierten Anknüpfung an das historische Vorbild, den im Gesetz beispielhaft aufgeführten Anwendungsfällen und der Tatsache, daß die Übernahmeerklärung vor der Bauaufsichtsbehörde abgegeben wird und daß diese das Baulastenverzeichnis führt, ergibt sich jedoch, daß nur Verpflichtungen baurechtlicher Art¹⁾ baulastfähig sind. Unzulässig, obwohl mit dem Wortlaut vereinbar, wäre also etwa eine Baulast mit dem Inhalt, auf dem Grundstück keine Haustiere zu halten oder wegen einer Steuerschuld die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden.

1) Unstreitig, vgl. Flad, Ortsstraßengesetz, § 27 Anm. 2; Haeffner-Burger, Bauordnung, Art. 99 Anm. 9; Hirsch, S. 297 ff.; Gädtke, Bauordnung, S. 563 ff.; Scheerbarth, § 161, S. 416 ff.; Dittus, Baurecht, S. 271; Gerne, HdGWB, S. 210; Keil, BWVBl. 67/164 und implizite auch die übrigen.

Der Anwendungsbereich der Baulast wird durch das Erfordernis der Baurechtlichkeit daher apriori begrenzt. Wann dieses Erfordernis erfüllt ist und wann nicht, wird jedoch nirgends gesagt. Damit stellt sich zunächst das Problem, die Kriterien der Baurechtlichkeit zu ermitteln. Darüber hinaus tauchen zwei weitere Fragenkomplexe auf, nämlich einmal, ob sich die Baulast als landesrechtliche Regelung ausschließlich auf das Bauordnungsrecht beschränkt oder auch für das bundesrechtliche Bauplanungsrecht gilt, und zum anderen, ob die Baulastindependent also unabhängig von einem konkreten Bauverfahren übernommen werden kann. Die drei Fragenkomplexe werden in der genannten Reihenfolge behandelt.

II. Bestimmung der Baurechtlichkeit

Die Bestimmung, wann eine freiwillig übernommene Verpflichtung baurechtlicher Art ist, bereitet in Grenzfällen Schwierigkeiten, weil es keine sicheren materiellen Kriterien der Baurechtlichkeit gibt. Weder bietet der mit der Verpflichtung verfolgte Zweck ein sicheres Kriterium noch bedingt die Auswirkung der Verpflichtung auf die bauliche Gestaltung oder Nutzung eines Grundstückes notwendigerweise ihre Zugehörigkeit zum Baurecht, noch ist sie nur dann baurechtlich, wenn sie einer in den Baugesetzen geregelten gesetzlichen Verpflichtung entspricht. Denn das Baurecht verfolgt die verschiedensten planerischen, gesundheitlichen, feuerpolizeilichen, ästhetischen usw. Zwecke, die sich mit denen anderer Rechtsgebiete häufig überschneiden und es gibt sowohl Verpflichtungen, die sich auf die bauliche Gestaltung oder Nutzung eines Grundstückes auswirken, ohne baurechtlicher Art zu sein¹⁾, als auch baurechtliche Verpflichtungen, die entweder einer nicht in den Baugesetzen geregelten, aber gleichwohl baurechtlichen Verpflichtung²⁾ oder aber überhaupt kei-

1) Z.B. die gesetzlichen Verpflichtungen der §§ 42 I StVO, 3 SchutzbereichsG.

2) Hauptbeispiel sind die Anbaubeschränkungen nach den Straßengesetzen, § 9 FStG und z.B. die §§ 25 ff. LStG NW; vgl. ferner § 38 BBauG, wonach die (baurechtlichen) Vorschriften der dort aufgezählten Gesetze unberührt bleiben.

ner gesetzlichen Verpflichtung¹⁾ entsprechen. Das Baurecht ist demnach nicht ein scharf umrissenes, klar unterscheidbares Sachgebiet, sondern eine begriffliche Abstraktion ohne ein eindeutiges Kriterium.

Gleichwohl läßt sich in der Praxis die Baurechtlichkeit einer Verpflichtung mit Hilfe der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung und der Verkehrsanschauung regelmäßig leicht bestimmen. Indem das Gesetz der Bauaufsichtsbehörde die alleinige Durchsetzung bestimmter gesetzlicher Verpflichtungen übertragen hat, hat es den Kreis der nach geltendem Recht als baurechtlich anzusehenden Verpflichtungen abgesteckt und eine klare Linie zwischen baurechtlichen und nicht baurechtlichen Verpflichtungen gezogen. Diese Scheidelinie muß nicht nur für die gesetzlichen, sondern auch für die freiwilligen Verpflichtungen gelten. Da die freiwilligen Verpflichtungen vor der Bauaufsichtsbehörde übernommen, von dieser eingetragen und von ihr durchgesetzt werden, sind für sie die der Behörde positiv wie negativ gesetzten Grenzen ebenfalls maßgebend.

Bei jeder Verpflichtung, die als Baulast übernommen werden soll, ist daher zunächst zu prüfen, ob sie ihrem Inhalt nach abstrakt einer gesetzlichen Verpflichtung entspricht. Ist das der Fall, so ist weiter zu prüfen, ob die Durchsetzung dieser Verpflichtung in den Zuständigkeitsbereich der Bauaufsichtsbehörde fällt. Beides trifft in aller Regel zu, besondere Probleme ergeben sich dabei nicht. Nur in dem (sehr seltenen) Fall, daß eine Verpflichtung übernommen werden soll, für die sich kein Gegenstück im Gesetz findet, läßt sich deren Baurechtlichkeit nicht auf diese Weise feststellen. In diesem Fall ist zu ermitteln, ob die Verpflichtung überhaupt Einfluß

1) Selbst eine Kodifikation des Baurechts würde nur alle gesetzlichen Verpflichtungen festlegen, nicht aber die Übernahme weiterer freiwilliger, noch nicht typisierter Verpflichtungen ausschließen. So waren in den früheren Baugesetzen z.B. teilweise keine Geschoßflächenzahlen vorgesehen, gleichwohl war die freiwillige Verpflichtung zur Einhaltung einer bestimmten Geschoßflächenzahl sicherlich baurechtlicher Art. Ebenso kann es heute baurechtliche Verpflichtungen geben, die keiner gesetzlichen entsprechen.

auf die bauliche oder sonstige Gestaltung bzw. Nutzung des Grundstücks hat - anderenfalls ist sie per se baurechtlich irrelevant - und weiter, ob sie unter Berücksichtigung der heutigen Gestaltung des Baurechts nach der Verkehrsanschauung als baurechtliche anzusehen ist.

III. Anwendbarkeit im Bauplanungsrecht

Die Anwendung der Baulast im Bauplanungsrecht bedarf einer Prüfung in verfassungsrechtlicher Hinsicht. Es kann zweifelhaft sein, ob, nachdem der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, für die Baulast im Bauplanungsrecht noch Raum bleibt. Denn soweit eine bundesgesetzliche Regelung reicht, ist eine landesrechtliche ausgeschlossen. Eine Ausdehnung der Baulast auf planungsrechtliche Tatbestände wäre nicht möglich, wenn der Bund für die Regelung bauplanungsrechtlicher Baulasten zuständig war und mit deren Nichtregelung hat zum Ausdruck bringen wollen, daß eine Übernahme von Baulasten im Bauplanungsrecht unzulässig sein solle¹⁾.

-
- 1) Die Anwendbarkeit der Baulast im Bauplanungsrecht wird meist ohne weiteres unterstellt (vgl. die unten S. 43 Fn. 2 Zitierten); lediglich Seyfried, BWVBl. 1966, S. 150 (und gegen ihn Keil, BWVBl. 1967, S. 164) berührt sie mit den widersprüchlichen Behauptungen: da der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht habe, dürfe eine landesrechtliche Vorschrift wie § 108 bw BauO im Planungsrecht gar nicht angewendet werden. Das ließe sich auch auf andere Rechtsgebiete übertragen, wo bundesrechtliche Regelungen vorlägen (z.B. GastG, GewO). Die Baulast sei "hier nur anwendbar, wenn das betreffende Bundesgesetz Befreiungen" vorsehe, "(also z.B. bei Planungsverstößen)" (?). Eine Seite vorher hatte Seyfried noch erklärt, die Baulast sollte (früher) ein Bauvorhaben ermöglichen "ohne den Umweg über den Dispens"; es werde hier weder für das alte noch für das geltende Recht behauptet, daß sich die Baulast nur auf bauordnungsrechtliche Gegenstände beschränke "(zumal früher Planungsrecht und Ordnungsrecht nicht streng geschieden wurden)" (a.a.O., S. 149).

Auch die weitere Begründung, es könne "kein eigenes Verwaltungsverfahren bezüglich einer Baulast geben mit der Wirkung, daß die Baurechtsbehörde im Planungsrecht, im Bodenverkehr oder in anderen Rechtsgebieten Sachentscheidungen" fälle, dies verbiete sich "a'gesehen von der ge-

1. Eine ausdrückliche Zuständigkeit des Bundes zur Regelung von Baulasten ist in dem Katalog der Art. 23 - 75 GG nicht enthalten. Nach dem in den Art. 30, 70 GG verankerten Grundsatz der primären Zuständigkeit der Länder müßten folglich die Länder zuständig sein. Eine solche Schlußfolgerung wäre jedoch rein formal. Sie berücksichtigte nicht die Besonderheit, daß die Baulast nicht einem bestimmten Sachgebiet, sei es dem Bauplanungsrecht oder dem Bauordnungsrecht zuzuordnen ist, sondern ihren spezifischen Charakter jeweils aus dem Sachgebiet erhält, dessen Normen sie inhaltlich entspricht. Weist beispielsweise ein geplantes Bauvorhaben wegen der zu geringen Größe des Grundstücks nicht die erforderliche Grund- und Geschoßflächenzahl auf und übernimmt zum Ausgleich dieses Mangels der Nachbar eine Baulast mit dem Inhalt, eine der fehlenden großemäßig entsprechende Fläche unter Nichtanrechnung bei einem späteren Vorhaben auf seinem Grundstück unbebaut zu lassen, so entspricht diese Baulast einer planungsrechtlichen Vorschrift. Sie hat daher planungsrechtlichen Charakter. Ebenso, wenn sie etwa die Verpflichtung zur Anlage von Grünflächen oder zur Duldung von oberirdischen Versorgungsleitungen betrifft. Wird dagegen eine Baulast zur Erhaltung und Unterhaltung einer Brandmauer, zur Verwendung gemeinsamer Bauteile oder zur Anlage von Stellplätzen übernommen, so entspricht sie jeweils bauordnungsrechtlichen Vorschriften und hat damit ausschließlich bauordnungsrechtlichen Charakter. Charakter und Wirkung der Baulast können

gesetzlichen Zuständigkeitsregelung auch aus der Natur der Sache und aus personellen Gründen" (a.a.O., S. 150) überzeugt nicht. Nach der gesetzlichen Regelung ist vielmehr gerade im Planungs- und Bodenverkehrsrecht die Baubehörde zur Fällung von Sachentscheidungen zuständig. Wieso bei der Übernahme von Baulasten etwas anderes aus der "Natur der Sache" (einen Begriff, den man, wie die tiefschürfende Arbeit von Ralph Dreier "Zum Begriff der Natur der Sache", Berlin 1966, nachweist, für eine juristische Argumentation ohnehin nicht verwenden sollte) folgen soll, ist nicht ersichtlich und welche die personellen Gründe sein sollen, bleibt vollends im Dunkeln.

daher sowohl planungsrechtlicher als auch ordnungsrechtlicher Natur sein.

Ob die Übernahme von Baulasten im Bauplanungs- bzw. Bauordnungsrecht zulässig ist, kann nur der für diese Rechtsgebiete jeweils zuständige Gesetzgeber bestimmen. Anderenfalls läge ein Eingriff in seine Kompetenz vor. So könnte beispielsweise der Bundesgesetzgeber keine Bestimmungen wie die §§ 4 Abs. 4, 32 Abs. 6, 64 Abs. 6 n.w. BauO treffen, wonach Ausnahmen von den Vorschriften über Grundstückszufahrt, Brandwandabstände, Garagen und Stellplatzpflicht zugelassen werden können, soweit durch Baulasten ein dem öffentlichen Interesse genügender Zustand gesichert wird. Denn da das Bauordnungsrecht seiner Regelung schlechthin entzogen ist, kann er auch nicht diejenigen Fälle bestimmen, in denen auf Grund von Baulasten Abweichungen von den ordnungsrechtlichen Bestimmungen zulässig sind. Dasselbe gilt umgekehrt für die Länder bezüglich des Bauplanungsrechts. Wer die Kompetenz für das jeweilige Sachgebiet hat, hat sie also auch über die Baulast als dessen unselbständige Annex. Obwohl die Baulast in dem Katalog der Art. 73-75 GG nicht aufgeführt ist, war der Bund zur Regelung der Anwendbarkeit der Baulast im Bauplanungsrecht demnach kraft Sachzusammenhangs¹⁾ (konkurrierend) zuständig.

2. Es fragt sich, ob der Bund mit der Nichtregelung der Baulast hat zum Ausdruck bringen wollen, daß eine Übernahme von Baulasten im Bauplanungsrecht unzulässig sein solle. Im Ge-

1) Nach der Formulierung des BVerfG 3, 421, besteht eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs (nur) dann, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständlicherweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich auch eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien unerläßliche Voraussetzung für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie ist (ebenso Maunz-Dürig, Art. 70 Rdn. 26). Auf Grund der obigen Ausführungen bedarf diese Formel einer Erweiterung, es sei denn, man betrachtet die Baulast nicht als Annex, sondern integrierenden Bestandteil des jeweiligen Teilgebiets des Baurechts.

setz und in den Materialien findet sich kein Hinweis auf eine derartige Absicht. Insbesondere läßt sich nicht feststellen, warum man die in dem früheren Initiativentwurf¹⁾ vorgesehene Regelung über Baulasten nicht ins Bundesbaugesetz übernommen hat. In Betracht kommt daher nur ein konkludenter Ausschluß der Baulast, falls der Gesetzgeber das Bauplanungsrecht durch das Bundesbaugesetz und die dazu ergangenen Verordnungen abschließend regeln wollte. Bei einer solchen (hinsichtlich der Baulast negativen) Kodifizierung, bliebe für eine ergänzende landesgesetzliche Regelung kein Raum, auch wenn sich die Kodifizierung nachträglich als unzweckmäßig oder lückenhaft herausstellen würde.

a) Daß das Bundesbaugesetz eine Kodifizierung des gesamten Bauplanungsrechts darstellt, wird indessen, soweit ersichtlich, trotz seiner häufigen Bezeichnung als "Grundgesetz des Städtebaus"²⁾ nirgends behauptet. Zum Teil wird vielmehr sogar ausdrücklich erklärt, für einige Teilbereiche hätten die Länder mangels einer Ausübung der Befugnisse des Bundes ihre Zuständigkeit behalten³⁾. So läßt sich nach Gelzer aus der Baunutzungsverordnung "deutlich" erkennen, daß der Gesetzgeber sich weder mit den Einzelheiten des Grenzabstandes noch mit Werbeanlagen habe befassen wollen⁴⁾. In der Tat läßt sich die Nichtregelung dieser Materien kaum auf ein Versehen, sondern nur auf eine gesetzgeberische Absicht zurückführen. Die Länder haben in ihren neuen Landesbauordnungen diese Materie deshalb auch sämtlich geregelt⁵⁾.

1) Initiativentwurf der Abgeordneten Lücke, Jacobi, Dr. Will, Engel, Dr. Schild und Genossen, 2. Wahlperiode, Drucksache Nr. 1813, §§ 236 ff.

2) Vgl. z.B. Schrödter, Bundesbaugesetz, S. 2.

3) Gelzer, Bauplanungsrecht, § 5; Scheerbarth, VfVwR NRW, S. 367. Im Bauordnungsrecht, § 79, hat Scheerbarth dagegen im Anschluß an OVG Münster, VII A 113/61 vom 5.6.62 die von ihm a.a.O. beispielhaft genannten Bauwichbestimmungen als überwiegend bauordnungsrechtlich angesehen.

4) a.a.O. § 5 und § 6 (S. 8).

5) Nachweise bei Scheerbarth §§ 78 f.

Noch weitere Gründe sprechen dafür, daß der Bundesgesetzgeber die Baulast nicht ausschließt, sondern der Landesgesetzgebung überlassen wollte. Nach den bestehenden landesrechtlichen Bestimmungen fand die Baulast auch im Bauplanungsrecht Anwendung; dasselbe sollte nach der Begründung zur Musterbauordnung für die zukünftigen Bestimmungen gelten. Sowohl das geltende wie das künftige Recht gingen daher von einer Anwendbarkeit der Baulast im Bauplanungsrecht aus. Wenn der Bundesgesetzgeber damit nicht einverstanden war, hätte er dies zum Ausdruck bringen müssen. Aus der Tatsache, daß er die Baulast nicht erwähnt hat, läßt sich daher der Schluß ziehen, daß er die Regelung der Baulast den Ländern vorbehalten wollte. Dieser Schluß liegt um so näher, als der Bund, wie oben dargelegt, die Zulässigkeit von Baulasten im Bauordnungsrecht ohnehin nicht regeln konnte und es deshalb zweckmäßig war, den Ländern den Ausschluß oder die Einführung bzw. Beibehaltung von Baulasten einheitlich für das Bauordnungs- und Bauplanungsrecht zu überlassen. Außerdem hatten einige Länder mit den Baulasten gute Erfahrungen gemacht, während der Bund über keinerlei Erfahrungen auf diesem Gebiet verfügte und eine bundesgesetzliche Regelung der Baulasten ohnehin auf ablehnende Kritik gestoßen war¹⁾.

b) Überdies bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, ob der Bund seine Gesetzgebungsbefugnis hinsichtlich der Baulasten überhaupt hätte ausüben dürfen. Gemäß Art. 72 Abs. 2 GG ist das Gebrauchmachen von einer konkurrierenden Kompetenz nur im Falle eines Bedürfnisses zulässig. Ein spezielles Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung war im Zeitpunkt des Erlasses des Bundesbaugesetzes aber nicht ersichtlich. Weder konnten die einzelnen Länder die Baulasten nicht wirksam regeln noch beeinträchtigte eine landesgesetzliche Regelung die Interessen anderer Länder noch erforderte die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit eine bundesgesetzliche

1) Vgl. z.B. die Ausführungen von Eppig, DNot 1956, S. 96 ff., und den Diskussionsbeitrag von Seybold, DNot 1956, S. 106 ff., auf dem deutschen Notartag.

Regelung. Vielmehr waren und sind, wie die Einführung bzw. Nichteinführung der Baulast in den verschiedenen neuen Landesbauordnungen beweist, die Meinungen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Baulast geteilt; ebenso hat sich das Fehlen einer einheitlichen Regelung (noch) nicht nachteilig bemerkbar gemacht. Wenn auch dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Frage, ob ein Bedürfnis im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegt, ein weiter, nur in beschränktem Umfang nachprüfbarer Spielraum eingeräumt ist¹⁾, erscheint daher sehr fraglich, ob die Annahme eines Bedürfnisses für eine bundesgesetzliche Regelung der Baulast bei Erlass des Bundesbaugesetzes gerechtfertigt gewesen wäre.

3. Im Ergebnis war der Bund zur Regelung der Anwendbarkeit der Baulast im Bauplanungsrecht also zwar konkurrierend zuständig, er hat von dieser Zuständigkeit aber keinen Gebrauch gemacht und hätte von ihr wohl auch keinen Gebrauch machen können. Die Länder haben ihre Zuständigkeit infolgedessen behalten. Einer Anwendung der Baulast im Bauplanungsrecht stehen verfassungsrechtliche Hindernisse somit nicht entgegen²⁾.

1) Ursprünglich hatte das BVerfG die Frage, ob ein Bedürfnis vorliegt, als "eine Frage pflichtgemäßen Ermessens des Bundesgesetzgebers" angesehen, die "ihrer Natur nach nicht justiziabel und daher der Nachprüfung durch das BVerfG grundsätzlich entzogen" sei (BVerfG 2, 224; 4, 127; zustimmend v. Mangoldt-Klein S. 1444). Später dagegen ist es von dieser Rechtsprechung etwas abgerückt, indem es ausführte, es sei zwar verpflichtet, die politische Entscheidung des Bundesgesetzgebers, ein Sachgebiet zu vereinheitlichen, zu respektieren, könne aber bei den in Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG verwendeten Rechtsbegriffen "Rechts- oder Wirtschaftseinheit" und "Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse" überprüfen, ob der Bundesgesetzgeber diese Begriffe im Prinzip zutreffend ausgelegt und sich in dem durch diese Begriffe gezogenen Rahmen gehalten habe (BVerfG 13, 233(239); ähnlich Maunz-Dürig Art. 72 Rdn. 15).

2) Das Ergebnis entspricht der allgemeinen Meinung, Gädtke, Bauordnung S. 563 ff.; Schlez, Landesbauordnung § 108 Rdn. 44; Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 161 S. 416; Fechtrup, DVBl. 63/614; Füsslein, DVBl. 65/270; Metz, Verwaltungspraxis 1966/131; Keil, BWVBl. 67/164.

IV. Unabhängigkeit von einem Bauverfahren

Nunmehr bleibt noch zu untersuchen, ob die Baulast independent oder immer nur im Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben oder -verfahren übernommen werden kann. Das Gesetz stellt das Erfordernis eines solchen Zusammenhangs zwar nicht auf, im Schrifttum wird jedoch die Ansicht vertreten, die Bestimmungen über die Baulasten seien insoweit restriktiv auszulegen. So soll es nach der einen Ansicht "ohne ein konkretes Verfahren und Vorhaben" an der "sachlichen Zuständigkeit der Baubehörde zur Mitwirkung bei der Übernahme der Baulast" fehlen¹⁾. Nach einer anderen Ansicht²⁾ kommt die Begründung von Baulasten nur in Betracht, "wenn sie für ein gegenwärtiges oder künftiges Baugenehmigungsverfahren benötigt werden", weil "Zweckbestimmungen, die mit dem Aufgabenbereich der Baubehörde nicht im Zusammenhang stehen" die Begründung von Baulasten ausschließen. Nach wiederum einer anderen Ansicht soll sich daraus, daß das öffentliche Interesse an der Baulast "nur auf die Begründung und Sicherung einer bestimmten Rechtsposition als Voraussetzung für eine baurechtliche Entscheidung" gerichtet sei, ergeben, daß Baulasten "in aller Regel nur im Zusammenhang mit einem baurechtlichen Genehmigungsverfahren erklärt und begründet werden können, jedenfalls aber nicht ohne das Vorliegen konkreter Bauabsichten"³⁾. Nach dieser Ansicht besteht an Baulasten, die "nur vorsorglich, d.h. ohne Vorliegen konkreter Bauabsichten gestellt werden sollen", kein öffentliches Interesse, weil die Baubehörde über die Baulast erst entscheiden könne, wenn das Bauvorhaben genügend bekannt sei⁴⁾. Als viertes Argument ließe sich schließlich anführen, daß im früheren sächsischen, bremischen und badischen Recht ein Zusammenhang der Baulastübernahme mit einem konkreten Bauvorhaben erforderlich war und daher heute dasselbe gelten müsse.

1) Seyfried a.a.O. S. 150.

2) Dittus, Baurecht S. 271.

3) Metz, Verwaltungspraxis 1966 S. 131.

4) Metz a.a.O.

1. Die Zuständigkeit einer Behörde für bestimmte Aufgaben bedeutet, daß ihr diese Aufgaben zur Erledigung zugewiesen sind¹⁾. Zur Entgegennahme von Baulasten ist nach dem Gesetz ausschließlich die Bauaufsichtsbehörde²⁾ zuständig. Unzuständig zur Entgegennahme von freiwilligen, nicht im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben oder -verfahren übernommenen Verpflichtungen wäre die Bauaufsichtsbehörde demnach nur, wenn es sich bei diesen Verpflichtungen nicht um Baulasten handelte. Inhaltlich oder in sonstiger Weise unterscheiden sich diese Verpflichtungen von Baulasten indessen nicht. Eine Verpflichtung, die Gegenstand einer Baulast sein kann, wie etwa einen größeren Grenzabstand einzuhalten, eine bestimmte Fläche unüberbaut zu lassen, ein Gebäude abzureißen oder keine Änderungen daran vorzunehmen, bleibt in jeder Hinsicht gleich, unabhängig davon, ob sie im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben oder -verfahren oder außerhalb eines solchen übernommen wird. Der Anlaß und Zweck ihrer Übernahme hat auf ihren Rechtscharakter keinen Einfluß. Ebensowenig ist der gegebene oder fehlende Zusammenhang mit einem Bauvorhaben oder -verfahren bei einer Eintragung im Baulastenbuch erkennbar. Auch bildet ein solcher Zusammenhang keinen Wesensbestandteil der Baulast. Was zum Wesen der Baulast gehört, ergibt sich vielmehr aus der gesetzlichen Definition. In dieser Definition ist die Notwendigkeit eines derartigen Zusammenhangs aber auch nicht andeutungsweise enthalten.

Die independenten Verpflichtungen unterscheiden sich also in keiner Beziehung von den im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben oder -verfahren übernommenen Verpflichtungen. Ihrer Natur nach sind sie daher ebenfalls Baulasten. Die Bauaufsichtsbehörde ist zu ihrer Entgegennahme deshalb nicht unzuständig, sondern im Gegenteil kraft Gesetzes gerade zu-

1) Zur Zuständigkeit vgl. näher Wolff II § 72.

2) Bzw. in Baden-Württemberg wahlweise auch die Gemeindebehörde § 108 Abs. 2 bw BauO.

ständig¹⁾). Die Übernahme von independenten Baulasten kann daher nicht aus Gründen der Unzuständigkeit abgelehnt werden²⁾.

2. Dieselben Einwendungen lassen sich gegen die Ansicht vorbringen, Baulasten kämen nur in Betracht, "wenn sie für ein gegenwärtiges oder zukünftiges Baugenehmigungsverfahren benötigt" würden, weil "Zweckbestimmungen, die mit dem Aufgabenbereich der Baubehörde nicht im Zusammenhang stehen", die Begründung von Baulasten ausschließen. Dieser Ansicht liegt ebenfalls eine Vermengung heterogener Begriffe zugrunde. Baurechtlich relevante, freiwillige Verpflichtungen sind auch dann Baulasten und fallen damit in den Aufgabenbereich der Baubehörde, wenn sie nicht zu einem gegenwärtigen oder künftigen Bauvorhaben benötigt werden. Solche Baulasten sind also nicht per se unzulässig, weil sie nicht in den Aufgabenbereich der Baubehörde fielen, sondern die entscheidende Frage ist die, ob sie aus sonstigen Gründen unzulässig sind; für die Beantwortung dieser Frage ist der Aufgabenbereich der Baubehörde aber ein untaugliches Kriterium.

-
- 1) Die Behauptung von Seyfried, a.a.O. S. 150, ohne ein konkretes Verfahren und Vorhaben fehle es an der "sachlichen Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde zur Mitwirkung bei der Übernahme der Baulast und damit an der sachlichen Notwendigkeit ihrer Übernahme (d.h. dem öffentl. Interesse)" ist auch ansonsten unzutreffend. Weder besteht wegen der Freiwilligkeit der Baulast jemals eine "sachliche Notwendigkeit ihrer Übernahme", noch existiert (schon deshalb) irgendein Zusammenhang zwischen dieser angeblichen Notwendigkeit und der Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde, noch ist das öffentliche Interesse mit der angeblichen Notwendigkeit (oder auch nur Zweckmäßigkeit) der Baulast identisch (vgl. unten § 10, S. 94 ff.).
 - 2) Eine andere Frage ist, ob independente Baulasten aus irgendwelchen anderen Gründen unzulässig sind. Diese Frage hat aber mit der Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde nichts zu tun. Auch bei Unzulässigkeit einer Baulast bleibt die Bauaufsichtsbehörde zuständig. Nur hat sie dann die Entgegennahme und Eintragung der Baulast abzulehnen, ebenso wie das Grundbuchamt zu Eintragungen im Grundbuch zwar zuständig ist, Anträge auf unzulässige Eintragungen jedoch zurückweisen muß.

3. Die dritte Ansicht beruht auf der Unterstellung, das öffentliche Interesse an der Baulast sei "nur" auf die Begründung und Sicherung einer bestimmten Rechtsposition als Voraussetzung für eine baurechtliche Entscheidung gerichtet und deshalb könnten Baulasten "jedenfalls nicht ohne das Vorliegen konkreter Bauabsichten" erklärt und begründet werden. Die Unzulässigkeit independenter Baulasten wird danach also aus einer restriktiven Auslegung des Begriffs "öffentliches Interesse" gefolgert.

Richtig an dieser Ansicht ist zunächst, daß das Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine unabdingbare Zulässigkeitsvoraussetzung ist¹⁾. Richtig ist auch, daß Baulasten in der Regel im Zusammenhang mit einem Bauverfahren übernommen werden und daß sich das öffentliche Interesse in diesen Fällen auf die "Begründung und Sicherung einer bestimmten Rechtsposition als Voraussetzung einer baurechtlichen Entscheidung" richtet. Es fragt sich aber, ob diese Gründe eine restriktive Auslegung rechtfertigen. Wie noch zu zeigen sein wird, gibt es eine Reihe von Fällen, in denen Baulasten außerhalb eines konkreten Bauverfahrens verschiedene öffentliche Interessen sichern können²⁾. Warum soll in diesen Fällen eine Anwendung der Baulasten nicht möglich sein? Eine Ablehnung wirkte sich doch nur nachteilig für die öffentlichen Belange aus und stünde im Gegensatz zu den utilitaristischen Erwägungen des Gesetzgebers. Wer angesichts dessen eine restriktive Auslegung befürwortet, muß dafür den Beweis antreten. Ein solcher Beweis ist jedoch nicht zu führen. Aus dem Gesetz und den Materialien läßt sich zugunsten dieser Auslegung nichts herleiten; die Begründung zur Musterbauordnung sah vielmehr im Gegenteil ausdrücklich die Übernahme anderer baurechtlicher Pflichten in den Fällen vor, in denen "der Zweck des Gesetzes nicht entgegensteht"³⁾. Demgegenüber ist die Tatsache, daß der Ge-

1) Vgl. unten § 10 I (S. 94 f.).

2) Vgl. unten § 19 II (S. 150 ff.).

3) Musterbauordnung, a.a.O. S. 144.

setzgeber die Anwendbarkeit der Baulast vornehmlich im Zusammenhang mit einem Bauverfahren im Auge hatte, im Hinblick auf seine wenig klaren Vorstellungen nicht beweiskräftig.

Die Auffassung, independente Baulasten seien mangels eines öffentlichen Interesses unzulässig, läßt sich daher ebenfalls nicht halten.

4. Als letztes bleibt das Argument, daß, weil früher ein Zusammenhang der Baulast mit einem Bauverfahren erforderlich gewesen sei, heute dasselbe gelten müsse. Dieses Argument ist allerdings schon prima facie von zweifelhaftem Wert, denn es läßt sich ebenso gut argumentieren, daß, weil heute ein solcher Zusammenhang gesetzlich nicht mehr gefordert werde, der Gesetzgeber dieses Erfordernis gerade habe fallen lassen wollen. Das Problem läuft also auf die Alternative: Analogie oder argumentum e contrario hinaus.

a) Für eine Analogie könnte die Rechtsprechung des Sächsischen Obergerichtes sprechen, das die Klausel "in baupolizeilichen Angelegenheiten" des § 2 des Allgemeinen Baugesetzes dahin ausgelegt hatte, daß eine Baulast immer im Zusammenhang mit einem bestimmten Bauvorhaben stehen müsse.

aa) In der Hauptentscheidung¹⁾ hatte es eine Baulast, durch die sich ein Grundstückseigentümer unabhängig von einem Bau-fall verpflichtete, der Gemeinde Land abzutreten, um ihr die Möglichkeit zu schaffen, einen im öffentlichen Interesse wünschenswert erscheinenden Straßenbau auszuführen, für unzulässig erklärt und ausgeführt, die Bestimmung des § 2 beziehe sich "ihrem Wortlaut und Sinne nach" nur auf solche Erklärungen, die "im Zusammenhang mit einem bestimmten Bauvorhaben vom Besitzer des Baugrundstücks oder eines benachbarten Grundstücks mit Bezug auf diesen Bau" abgegeben würden. Denn "nur unter diesen Voraussetzungen" handele es sich um eine baupolizeiliche Angelegenheit. Dafür, daß der in § 2 ausgesprochene Grundsatz auch in einem Fall wie dem zur Ent-

1) Sächsisches OVG 7/219 f.

scheidung stehenden Anwendung finden solle, biete weder die Fassung des Gesetzes noch seine Begründung irgendwelchen Anhalt. In der letzteren sei im Gegenteil ausdrücklich darauf hingewiesen, daß diejenigen Fälle, in denen ein unmittelbarer Zusammenhang mit einer baupolizeilichen Angelegenheit fehle und die Gemeinde zu Straßenzwecken freiwillig erwerbe oder jemand ohne Beziehung auf einen von ihm beabsichtigten Bau "Beiträge an Grundstücken" verspreche, nicht nach § 2, sondern als Privatrechtsgeschäfte zu beurteilen seien. An dieser Rechtsprechung hat das Gericht in zwei späteren einschlägigen Entscheidungen festgehalten¹⁾.

Die Grundlage der Entscheidung bildet also die Annahme, nur bei gegebenem Zusammenhang mit einem Bauvorhaben liege eine baupolizeiliche Angelegenheit vor. Dagegen hielt das Gericht die Verpflichtung zu einer Landabtretung als solche offenbar nicht für nicht baupolizeilich - sonst hätte es die Frage der Notwendigkeit eines Zusammenhangs mit einem Bauvorhaben dahinstehen lassen können -, sondern im konkreten Fall nur deshalb, weil es sich wegen des Fehlens eines solchen Zusammenhangs um ein Privatrechtsgeschäft gehandelt habe.

bb) Die Richtigkeit dieser Behauptung erscheint indessen fragwürdig. Baupolizeiliche Angelegenheiten standen und stehen keineswegs notwendigerweise im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben²⁾. Ein derartiger Zusammenhang war und ist mitnichten Tatbestandsmerkmal einer baupolizeilichen Angelegenheit. Wenn beispielsweise eine Gemeinde einen Ortsbauplan (Bebauungsplan) aufstellt(e) und darin Grundstücksflächen für Verkehrs-Versorgungs-Gemeinbedarfszwecke festsetzt(e) und ggf. enteignet(e), so handelt(e) es sich dabei sicherlich um eine baupolizeiliche³⁾ Angelegenheit, unabhängig davon, ob der betroffene Eigentümer oder sein Nachbar bauen

1) Sächsisches OVG 13/212; 38/360, unter Hinweis auf § 9 I Ziff. 5 der Ausführungsverordnung zum Allgemeinen Bauge-setz.

2) Dies hat schon Hirsch, Baulasten S. 303, dem sächs. OVG entgegengehalten.

3) Im früher üblichen Sinn synonym mit "baurechtlich" zu verstehen.

woll(t)en oder nicht. Baupolizeiliche Verpflichtungen - zumindest die gesetzlichen - brauchen also durchaus nicht immer einen Zusammenhang mit einem Bauvorhaben aufzuweisen.

Entgegen der Ansicht des Gerichts kann dann die Zulässigkeit auch freiwilliger independenter baupolizeilicher Verpflichtungen nicht prinzipiell ausgeschlossen werden, da gesetzliche und freiwillige baupolizeiliche Verpflichtungen sich qualitativ nicht unterscheiden¹⁾. Wenn sie aber qualitativ gleich sind, müssen sie es vernünftigerweise auch hinsichtlich der Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit eines Zusammenhangs mit einem Bauvorhaben sein. Warum man sie in dem einen Punkt gleich, in dem anderen ungleich behandeln sollte, insbesondere, warum die freiwillige Verpflichtung trotz eines entgegenstehenden Willens der Parteien plötzlich ein privates Rechtsgeschäft sein soll, ist nicht einzusehen; aus dem Gesetz ergibt sich dafür jedenfalls kein Anhaltspunkt. Die angeführten Gesichtspunkte sprechen vielmehr für die Zulässigkeit auch von freiwilligen independenten baupolizeilichen Verpflichtungen; jedenfalls läßt sich ihre Zulässigkeit nicht ohne weiteres von der Hand weisen.

b) Die Sächsische Rechtsprechung zur Frage des Erfordernisses eines Zusammenhangs der Baulastübernahme mit einem Bauvorhaben überzeugt daher nicht. Zur Begründung einer Übertragung dieses Erfordernisses auf das heutige Recht im Wege der Analogie gibt sie deshalb nichts her. Andere Gründe zugunsten einer solchen Analogie sind nicht ersichtlich. Andererseits sprechen gewichtige Gründe gegen eine Analogie, vor allem die Begründung der Musterbauordnung, die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers und die Tatsache, daß schon früher in Württemberg die Übernahme independenter Baulasten zulässig war²⁾. Nicht der Analogie, sondern dem

1) Dazu näher unten S. 114 ff. und 165 ff.

2) Die Zulässigkeit wurde nur von Gauss, S. 60, bestritten, weil das Gesetz eine solche Möglichkeit, die "außerhalb jedes praktischen Bedürfnisses" stehe, "nie im Auge gehabt" habe und "bei den Verhandlungen von etwas derart-

argumentem e contrario ist unter diesen Umständen der Vorzug zu geben. Daraus, daß das Gesetz früher im Gegensatz zu heute (teilweise) das Erfordernis eines Zusammenhangs mit einem Bauvorhaben aufstellte, folgt also, daß ein solches Erfordernis heute nicht mehr besteht.

5. Im Ergebnis greift also keines der vier Argumente durch. Weder auf Grund der Zuständigkeit oder des Aufgabenbereichs der Baubehörde noch des öffentlichen Interesses noch aus historischen Gründen müssen Baulasten im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben stehen. Baulasten können daher auch independent übernommen werden.

§ 6 Der Inhalt

I. Die Problematik

Gegenstand der Baulast kann nach dem Gesetz die Verpflichtung zu einem ein Grundstück betreffenden "Tun, Dulden oder Unterlassen" sein. Inhaltlich unterliegt die Baulast demnach keinen besonderen Beschränkungen. Auch in Baden-Württemberg hat man die frühere engere Regelung zugunsten der allgemeineren aufgegeben. Durch diese generalklauselmäßige Ausgestaltung der Baulast hat sich deren abstrakt zulässiger Inhalt erheblich erweitert. Was jedoch im einzelnen Gegenstand einer Baulast sein kann, ist bisher noch nicht annähernd geklärt. Einige wenige Arten von Verpflichtungen, die als Baulasten über-

gem niemals die Rede gewesen" sei. Außerdem verkenne die gegenteilige Auffassung auch die Aufgabe der Baupolizeibehörde, die lediglich dahin gehe, die öffentlichen Interessen, die zu verwirklichen die baugesetzlichen Vorschriften bestimmt seien, mit den gesetzlichen Mitteln praktisch durchzuführen. Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu; einmal war bei den Verhandlungen von independenten Baulasten sehr wohl die Rede gewesen (Nachweise bei Hirsch, Baulasten S. 303 Fn. 28), zum anderen besteht auch im öffentlichen Interesse durchaus ein Bedürfnis für independente Baulasten (siehe die Beispiele auf S. 151 ff.), die "mit den gesetzlichen Mitteln praktisch durchzuführen" Aufgabe der Baubehörde ist.

nommen werden können, sind in den Landesbauordnungen ausdrücklich geregelt. Eine Reihe weiterer sind ebenfalls unstrittig baulastfähig, während die Baulastfähigkeit anderer umstritten ist. Eine systematische Untersuchung existiert bisher nicht, in den zahlreichen Entwürfen und in der Literatur werden jeweils nur Beispiele angeführt.

Im folgenden soll daher der abstrakt zulässige Inhalt der Baulast näher untersucht werden. Dabei werden aus Zweckmäßigkeitsgründen zunächst diejenigen Inhaltsmerkmale erörtert, die allen drei Alternativen gemeinsam sind. Erst danach folgt die Darstellung der einzelnen Alternativen. Zu beachten ist, daß es sich dabei jeweils nur um die Ermittlung des abstrakt möglichen Inhalts der Baulast unabhängig von sonstigen Voraussetzungen handelt. Insbesondere bleibt das zusätzliche Erfordernis des öffentlichen Interesses an dieser Stelle unberücksichtigt. Weiter ist zu beachten, daß die Alternativen Tun, Dulden und Unterlassen sich nicht immer scharf trennen lassen; so enthält etwa die Verpflichtung, ein bestimmtes Gebäude zu errichten, gleichzeitig die Verpflichtung zur Unterlassung einer zweckfremden Nutzung¹⁾. Die Frage der Abgrenzung der Alternativen spielt bei der Baulast aber anders als in anderen Rechtsgebieten²⁾ keine Rolle, da die Alternativen nach Voraussetzungen und Wirkung gleichwertig sind. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß sich eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden Fälle im gegenwärtigen Zeitpunkt angesichts der weiten gesetzlichen Fassung und der mangelnden wissenschaftlichen Durchdringung der Materie noch nicht erreichen läßt; findige Baubehörden und Bauherren werden sicher noch weitere Möglichkeiten entdecken. Deshalb bemüht sich die Darstellung um so mehr, das Wesentliche zu erfassen und die Grundsätze aufzuzeigen, mit deren Hilfe etwaige Zweifelsfragen leicht gelöst werden können.

1) Z.B. darf ein zu errichtendes Wohnhaus nicht später gewerblich genutzt werden.

2) Erinnt sei nur z.B. an die Bedeutung der Abgrenzung im Strafrecht. Die Schwierigkeit der Abgrenzung illustriert ausgezeichnet der berühmte und noch heute umstrittene Ziegenhaarfal, RGSt 63/211.

II. Die gemeinsamen Merkmale der drei Alternativen

Den Baulasten, gleichviel, ob sie ein Tun, Dulden oder Unterlassen beinhalten, sind folgende Merkmale gemeinsam:

- 1) Sie "betreffen" ein Grundstück. Der Begriff "Grundstück" ist hier im weitesten Sinne gemeint. Er umfaßt sowohl das ganze Grundstück¹⁾ als auch dessen Teile (z.B. unüberbaute Teilflächen), wesentliche oder unwesentliche Bestandteile (z.B. Mauern, Zäune, Behelfsbauten) und Zubehör (z.B. Maschinenaggregate) sowie deren Teile. Ein Grundstück ist also auch dann "betroffen", wenn sich die Baulast unmittelbar (nur) auf seine Bestandteile oder sein Zubehör bezieht.
- 2) Infolge ihrer uneingeschränkten Anwendbarkeit im gesamten Baurecht kann Gegenstand der Baulast jede baurechtliche Verpflichtung sein, insbesondere jede, die ihrem Inhalt nach einer baugesetzlichen einschließlich einer im Bebauungsplan festsetzbaren Verpflichtung entspricht. Baulasten können sich daher nicht nur auf bauliche Anlagen²⁾, sondern auch auf die diesen gleichgestellten Anschüttungen, Abgrabungen, Ausschachtungen,

1) "Grundstück" ist hier in demselben Sinn zu verstehen wie ansonsten im Baurecht, d.h. als Baugrundstück. Das ergibt sich am deutlichsten daraus, daß eine Baulast, die zur Ermöglichung eines Bauvorhabens übernommen wird, das Bau- oder dessen Nachbargrundstück betrifft. Baugrundstücke sind zwar meist, nicht jedoch unbedingt mit den grundbuchrechtlichen Grundstücken identisch (Pr. OVG 13/109; 24/369; 32/354(357); 56/433; a.A. VG Münster, GewA 1963/117). Mehrere Parzellen können daher ein einheitliches Baugrundstück bilden (Baltz-Fischer, Pr. Baupolizeirecht, S. 288 Anm. 6; vgl. im einzelnen Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 73) und daher mit einer Baulast belastet werden.

2) Bauliche Anlagen sind "mit dem Erdboden verbundene, aus Baustoffen und Bauteilen hergestellte Anlagen. Eine Verbindung mit dem Erdboden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder auf festen Bahnen begrenzt beweglich ist, oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden" (§§ 2 II nw BauO, 2 Nr. 1 rph BauO, 2 I bw BauO, 2 II sa BauO).

künstliche Hohlräume unter der Erdoberfläche etc.¹⁾ sowie z.B. auf "das Anpflanzen von Bäumen und Sträuchern" und "Bepflanzungen" und "die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern und Gewässern"²⁾ beziehen.

3) Tun, Dulden oder Unterlassen bilden die drei Oberkategorien von Verhaltensarten. Gegenstand einer Baulast ist im konkreten Fall jedoch nicht ein Tun, Dulden oder Unterlassen schlechthin, sondern die Verpflichtung zur Vornahme, Duldung oder Unterlassung ganz bestimmter Handlungen. Als solche spezifische Handlungen kommen in Betracht die:

- a) Errichtung, Schaffung, Anlegung, Herstellung,
- b) Unterhaltung, Erhaltung, Instandhaltung,
- c) Nutzung³⁾,
- d) Änderung,
- e) Beseitigung, Abbruch, Fortschaffung, Entfernung baulicher Anlagen usw.

4) Sowohl die einzelnen Handlungstypen als auch die betreffenden baulichen Anlagen usw. können modal näher bestimmt werden nach

- a) Art,
- b) Weise,
- c) Form,
- d) Gestaltung,
- e) Verwendung der Mittel.

5) Die Baulast muß inhaltlich bestimmt sein; bei aufschiebend bedingten Baulasten genügt die Bestimmtheit im

1) Vgl. §§ 2 II nw BauO; 2 I bw BauO; 2 II bln BauO; 2 II sh BauO und 29 S. 3 BBauG.

2) § 9 I Nr. 15, 16 BBauG.

3) Die baurechtliche Relevanz der Nutzung ergibt sich daraus, daß die Zulässigkeit eines Bauvorhabens häufig von dessen geplanter Nutzung abhängig ist (z.B. als Landarbeiterstelle im Außenbereich, § 35 I Nr. 2 BBauG oder als Wohnhaus in einem reinen Wohngebiet, § 3 BmVVO) und deshalb eine Nutzungsänderung nach den Landesbauordnungen auch genehmigungs- bzw. anzeigepflichtig ist (§ 89 II S. 2, iVm § 87 I S. 2 bw BauO; § 80 I Ziff. 15 nw BauO; § 79 I bln BauO; § 84 I sh BauO).

Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung. Dieses Erfordernis folgt einmal aus ihrer Eigenschaft als einer auf dem Grundstück ruhenden Last¹⁾ und zum anderen aus ihrer Funktion. Die Baulast dient dem öffentlichen Interesse und ist von der Bauaufsichtsbehörde durchsetzbar²⁾; die Durchsetzbarkeit setzt aber die Bestimmtheit ihres Inhalts voraus. Nur wenn die Baulast genügend bestimmt ist, kann sie eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für behördliche Maßnahmen bilden³⁾.

- 1) Vgl. die Begründung für das Spezialitätsprinzip in Sachenrecht, Erman-Westermann, Einleitung vor § 854 Anm. 4 a.
- 2) Zur Durchsetzbarkeit siehe unten S. 114 f.
- 3) Die Baulasten werden durch bauaufsichtsbehördliche Verfügungen durchgesetzt. Diese müssen schon nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts bestimmt und unzweideutig sein, denn der Bürger muß wissen, was von ihm verlangt wird (vgl. Wolff I § 50 II d). Die Rechtsprechung hat daher wiederholt Verfügungen mangels ausreichender Bestimmtheit für rechtswidrig erklärt (z.B. in den Entscheidungen des Pr.OVG 55/268; 79/140, 394; VGH Bremen, DöV 56/216; OVG Saarland, DöV 63/73; OVG Münster, OVGE 16/270 = JZ 61/758). Für ordnungs- bzw. polizeirechtliche Verfügungen ist die Bestimmtheit überdies gesetzlich vorgeschrieben (außer im bw PolG, vgl. im einzelnen Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 35).

Die Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes speziell für Baulasten hat das sächsische OVG in mehreren Entscheidungen ausgesprochen. In dem instruktiven Fall sächs.OVG 14/23 ff. hielt es eine Baulast des Eigentümers, "die Westseite des Wendeplatzes der Straße B von der Bebauung freizuhalten und im Falle eines Anschlußbaues die Straße B bis zur Grundstücksgrenze auszubauen", wegen mangelnder Bestimmtheit für nichtig. Ebenso eine Baulast des Eigentümers, "dafern auf den (Nachbar)parzellen 33 e und 33 f jemals ein Hauptgebäude errichtet werden sollte, auf jederzeitiges Erfordern der Baupolizeibehörde von seinem Grundstück Parzelle 131 f soviel zu den bezeichneten Parzellen gegen ortsübliche, nötigenfalls durch die Baupolizeibehörde festzusetzende Entschädigung abzutreten als nach dem Urteil der letzteren unbedingt erforderlich ist" (sächs.OVG 20/113). Ferner "eine bloße Erklärung, daß benachbarte Grundstücke eine Hofgemeinschaft bilden" sollten. Vielmehr sei in diesem Fall "aus praktischen Gründen" eine genaue Angabe darüber, welche Teile der in Betracht kommenden Grundstücke unbebaut bleiben sollten, erforderlich, weil sonst später Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der Verpflichtung auftauchten (20/118); (ablehnend Kretschmer-FischersZ 39/39 mit der wenig überzeugenden Begründung, es sei vielfach ausgeschlossen, dem Erfordernis der Be-

III. Das positive Tun

Gegenstand einer auf ein positives Tun gerichteten Baulast kann danach bilden

1) die Errichtung, Anlegung, Unterhaltung, Änderung oder Beseitigung von

a) baulichen Anlagen aller Art wie Gebäuden, Häusern, Hallen, Schuppen, Baracken, Wohnwagen¹⁾, Verkaufswagen²⁾, Ställen,

stimmtheit zu genügen, da sich die Bebauung der Nachbargrundstücke nach Höhe, Tiefe, Zweck noch gar nicht absehen ließe oder aber unter Umständen Veränderungen erforderlich würden; andererseits habe der Gesetzgeber nicht gewollt, daß Hofgemeinschaften deshalb unterblieben, denn das Rechtsinstitut der Oblast stelle eine wesentliche Erleichterung des Bauwesens dar). Hingegen wurde die Baulast, "beim Bau einer Normalschleuse in der Dorfstraße anteilig mitzuwirken", als genügend bestimmt angesehen, weil sie "unter den Verhältnissen der vorliegenden Art nur in dem Sinn" verstanden werden konnte, "daß sich der beteiligte Grundstücksbesitzer verpflichtete, bei dem Bau der Schleuse, die nach Verhältnis der Anliegerlänge auf sein Grundstück entfallenden Kosten der Schleusenherstellung zu tragen oder zu erstatten" und mit "Normalschleuse" eine den ortsgesetzlichen Vorschriften entsprechende gemeint gewesen sei (16/130).

Im Widerspruch zu dieser zutreffenden Rechtsprechung steht die Entscheidung sächs.OVG (17/30), wonach auch die Verpflichtung "eine Hofgemeinschaft herzustellen und dauernd zu erhalten, dergestalt, daß der zur Herstellung dieser Hofgemeinschaft nach § 100 Allg.BauG erforderliche Hofraum von diesen vier Grundstücken für immer unbebaut bleibt", wirksam sein soll, obwohl sich "das Mindestmaß der für die einzelnen Grundstücke erforderlichen Hoftiefe aus dem Lageplan und vorhandenen Gebäuden höchstens vermuten, aber nicht berechnen, geschweige denn erkennen" ließe. Das Gericht räumt ein, eine Hofgemeinschaft sei damit zwar noch nicht geschaffen, die beteiligten Grundstückseigentümer müßten aber "unter Mitwirkung der Baupolizeibehörde diejenigen Hinterlandflächen genau ermitteln und feststellen, die von der Bebauung dauernd ausgeschlossen bleiben" sollten. Wie eine derartige Verpflichtung im Weigerungsfall hätte vollstreckt werden können, ist jedoch nicht ersichtlich.

- 1) § 2 I Nr. 2 bw BauO; OVG Lüneburg, DöV 1964/390 und DVBl. 1965/95 Nr. 49; Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 74 S. 155.
- 2) § 2 I Nr. 2 bw BauO; OVG Münster, OVG 15/156 = BBauBl. 1960/265 = MDR 1960/531 und Urteil VII A 374/62 vom 27.4.1964; OVG Rh.Pf., Urt. I A 102/63 vom 30.4.1964; Scheerbarth a.a.O.

Bunkern, Kellern,

b) den baulichen Anlagen gleichgestellten Abgrabungen, Anschüttungen, Hohlräumen wie Kies-, Sand-, Kohlengruben, Stollen, Schächten, Höhlen,

c) Teilen von baulichen und diesen gleichgestellten Anlagen wie Boden, Decken, Wänden, Dächern, Giebel, Vorbauten, Schornsteinen, Fenstern, Treppen, Säulen, Balken, eingebaute Halterungen, Leitungen, sanitären, elektrischen, maschinellen und sonstigen Anlagen, Behältern,

d) Gerüsten, Masten, Unterstützungen von Freileitungen¹⁾, Rohrleitungen, Pipelines,

e) Zäunen, Einfriedungen, Umgrenzungen, Grenzmauern, Grenzbefestigungen und Teilen derselben,

f) Zufahrten²⁾, Durchgängen, Wegen, Stellplätzen³⁾,

g) Gärten, Zieranlagen, Parks, Promenaden, Spiel-, Sport- und sonstigen Erholungsplätzen⁴⁾,

h) Bepflanzungen aller Art wie Grasflächen, Bäumen, Sträuchern, Hecken, Büschen;

2) die Nutzung der baulichen und der ihnen gleichgestellten Anlagen usw., des Grundstücks und von Teilen derselben.

3) Fraglich ist, ob das auch für Geldleistungen gilt. Weder die Begründung zur Musterbauordnung noch die Begründungen zu den Landesbauordnungen geben darüber Aufschluß, während eini-

1) Vgl. statt aller § 80 II Nr. 4, 8, 9 nw BauO.

2) Zufahrten sind als Gegenstand von Baulasten ausdrücklich vorgesehen in den §§ 4 II Nr. 2 nw und bw BauO.

3) Vgl. § 64 VI nw BauO, § 69 VI bw BauO, § 67 VI bln BauO, § 67 III Nr. 1 sh BauO.

4) So schon § 1 I c) des Entwurfs des Staatsministeriums vom 7. Juli 1923 (Drucksache Nr. 6404 des Preußischen Landtags 1921/23), § 31 I c) des bei Rieß, PrVwBl. 49, S. 511 (1925), zitierten Entwurfs eines Preußischen Städtebaugesetzes.

ge frühere Entwürfe¹⁾ und die sächsische Rechtsprechung²⁾ diese Frage ausdrücklich bejaht hatten.

Grundsätzlich steht nach heutigem Recht derartigen Baulasten nichts entgegen, da das Gesetz in mehreren baurechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck gebracht hat, daß Geldzahlungspflichten als öffentliche Lasten auf einem Grundstück ruhen können³⁾. Die Übernahme von Zahlungsverpflichtungen kann auch durchaus sinnvoll sein. Ist etwa die Erschließung eines Baugrundstücks nicht gesichert - und sei es nur, weil der Gemeinde noch geringe Mittel zum Ausbau der Zufahrtsstraße oder zur Anlage der erforderlichen Entwässerungsleitungen fehlen⁴⁾ - und ein geplantes Bauvorhaben nur aus diesem Grunde abzulehnen⁵⁾, so kann der Bauherr durch baulastmäßige Übernahme der Kosten die Erschließung sichern und damit die Erteilung der Baugenehmigung erreichen⁶⁾. Einen weiteren Anwendungsfall bildet etwa die Sicherung einer Zahlungsverpflichtung im Grenzregelungs- oder Umlegungsverfahren

1) Z.B. § 65 des 2. Entwurfs eines Preußischen Städtebaugesetzes (Drucksache Nr. 3015 des Preußischen Landtags 1928/29) und die Begründung zum Entwurf eines Bundesbaugesetzes von 1956: "Verpflichtungen zu Geldleistungen im Umlegungsverfahren" (Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 9, S. 191).

2) Sächs.OVG 15/304.

3) Vgl. z.B. die §§ 64 III, 134 II BBauG.

4) Sowohl im Bereich eines Bebauungsplans wie im Innen- und Außenbereich ist eine gesicherte Erschließung Zulässigkeitsvoraussetzung für ein Bauvorhaben, §§ 30, 33, 34, 35 I BBauG.

5) Vgl. Gelzer, Bauplanungsrecht § 113.

6) Ein solcher Fall lag der Entscheidung des sächsischen OVG 15/303 ff. zugrunde. Ein Bauherr hatte sich zwecks Erlangung einer Baugenehmigung durch Baulast verpflichtet, bestimmte Beträge pro qm für jedes Meter Anliegerlänge seines Grundstücks und einen bestimmten Platzbeitrag zu zahlen. Das Gericht hielt diese Baulast für zulässig, weil der Grundsatz, daß Anliegerleistungen von der Baubehörde nur auf Grund Gesetzes erhoben werden können, die Möglichkeit nicht ausschließe, daß sich der betreffende Grundstückbesitzer aus irgendwelchen Gründen "auf dem im § 2 BauG vorgesehenen Weg" der Behörde gegenüber zu einem Mehr verpflichtet, als ihm nach dem bestehenden Recht zu tun obliegt (a.a.O. S. 304).

ren¹⁾. Jeweils kann die Baulast also nützliche Dienste leisten, ohne Nachteile auszulösen. Im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut und der sächsischen Rechtsprechung sind Geldleistungen als Gegenstand einer Baulast daher für zulässig zu erachten.

4) Offen geblieben ist ferner die weitaus schwierigere Frage, ob eine Baulast die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks oder Grundstücksteils beinhalten kann. Auch diese Frage hatte das sächsische OVG in der schon oben²⁾ in anderem Zusammenhang erörterten Entscheidung implizite bejaht. Geht man lediglich vom Gesetzeswortlaut aus, muß man für das heutige Recht zu demselben Ergebnis kommen, denn es läßt sich schwerlich leugnen, daß eine Baulast, ein Grundstücksteil zu verkaufen, eine "Verpflichtung zu einem ein Grundstück betreffenden Tun" darstellt.

a) Dagegen erheben sich jedoch gewisse Bedenken. Die Bedenken ergeben sich einmal daraus, daß derartige Veräußerungsbaulasten im Gegensatz zu allen anderen Arten von Baulasten, mit Ausnahme der auf Geldleistungen gerichteten Baulasten, nicht unmittelbar die bauliche Gestaltung oder Nutzung (im weitesten Sinn) des Grundstücks beeinflussen, sondern nur mittelbar durch die Sicherstellung eines Rechtssubjektswechsels eine baurechtlich zweckmäßige Verwendung des Grundstücks gewährleisten. Das allein liefert allerdings kein starkes Argument gegen die Zulässigkeit derartiger Baulasten, da das Gesetz nicht zwischen unmittelbarer und mittelbarer baurechtlicher Relevanz unterscheidet und die Zulässigkeit von auf Geldleistungen gerichteten Baulasten die Möglichkeit (nur) mittelbar baurechtlich relevanter Baulasten gerade beweist. Schwerer wiegt der Einwand, daß sowohl die früheren Gesetze, wie die Entwürfe, wie auch die Materialien zur Musterbauordnung und zu den Landesbauordnungen - wiederum abgesehen von Geldzahlungsbaulasten - immer nur unmittelbar baurechtlich

1) Siehe die Begründung des oben auf S. 58 Fn. 1) zitierten Entwurfs eines Bundesbaugesetzes von 1956, S. 191.

2) Sächs.OVG 7/217 ff.; S. 48 ff.

relevante Baulasten aufführen. Daraus könnte gefolgert werden, der Gesetzgeber habe nur unmittelbar relevante Baulasten im Auge gehabt und alle anderen ausschließen wollen. Zwingend ist diese Folgerung allerdings ebenfalls nicht, denn das sächsische OVG hat offensichtlich Übereignungsbaulasten als dem wirklichen oder hypothetischen Willen des Gesetzgebers entsprechend angesehen.

Ein weiterer Einwand betrifft das Verhältnis von Form und Inhalt der Verpflichtung. Wenn, so ließe sich argumentieren, Baulasten zur Übereignung von Grundstücken oder Grundstücks-teilen zulässig wären, würde die Formvorschrift des § 313 BGB umgangen und der mit dieser Vorschrift bezweckte Schutz des Veräußerers aufgehoben. Diesem Argument läßt sich entgegenhalten, daß es sich bei der Baulast gerade nicht um eine privatrechtliche, sondern um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt. Im öffentlichen Recht ist die Wirksamkeit einer Übereignung oder Verpflichtung zur Übereignung von Grundstücken seitens einer Privatperson aber keineswegs von einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung abhängig¹⁾. § 313 BGB enthält demnach keinen allgemeinen Rechtsgedanken. Auch der Einwand der mangelnden Formstrenge schlägt daher nicht durch.

Schließlich ergeben sich Bedenken aus den Konsequenzen, zu denen die Anerkennung von Übereignungsbaulasten führen würde. Keine Schwierigkeiten tauchen auf, wenn der Eigentümer die Verpflichtung erfüllt. Anders dagegen, wenn er sich trotz der Baulast weigert, das Grundstück aufzulassen. In diesem Falle hat die Behörde zwei Möglichkeiten: Sie kann entweder gegen den Eigentümer Klage vor dem Verwaltungsgericht auf Abgabe der Auflassungserklärung erheben oder gegen ihn eine entsprechende Verfügung erlassen. Eine Klage hat indessen den Nachteil, daß sie umständlich und zeitraubend ist, sie scheidet daher normalerweise aus. Deshalb ist eine Verfügung

1) Vgl. etwa die §§ 110 Abs. 2, 111 BBauG und 37 LBG (Landbeschaffungsgesetz vom 23. Februar 1957, BGBl. I, S. 134 mit späteren Änderungen), die für eine bindende Einigung des Eigentümers mit der Enteignungsbehörde nur dessen Unterschrift unter die von der Behörde aufgenommene Niederschrift erfordern.

das übliche und zweckmäßige Mittel. Was geschieht aber, wenn der Eigentümer der Verfügung nicht nachkommt? Normalerweise wäre eine Zwangsvollstreckung die Folge. Eine Zwangsvollstreckung zur Abgabe von Willenserklärungen gibt es im öffentlichen Recht jedoch nicht¹⁾. Damit stünde die Behörde vor dem Problem, was sie mit einer derartigen Verfügung anfangen sollte. Könnte sie überhaupt nicht vollstrecken, so wäre der Erlass der Verfügung und das etwaige Widerspruchsverfahren überflüssig. Irgendeine Vollstreckungsmöglichkeit müßte daher praeter legem entwickelt werden. Die sinnvollste Lösung bestünde darin, analog § 894 ZPO die Willenserklärung mit Unanfechtbarkeit der Verfügung als abgegeben gelten zu lassen, so daß der zuständige Beamte unter Vorlage²⁾ der Verfügung

1) Das Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27. April 1953 (BGBl. I, S. 157) und die entsprechenden Landesgesetze sehen zwar eine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen vor, enthalten aber keine spezielle Bestimmung über die Vollstreckung einer Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen. Diese richtet sich auch nicht etwa nach den allgemeinen Regeln, da die dort vorgesehenen Vollstreckungsmittel Zwangsgeld, Ersatzvornahme unmittelbarer Zwang zu diesem Zweck ungeeignet sind. Sie ist vielmehr schlechthin nicht vorgesehen. Der Grund dafür liegt darin, daß im Verwaltungsrecht mit Verfügungen durchsetzbare Verpflichtungen zur Abgabe von Willenserklärungen nicht vorkommen, so daß sich das Problem der Vollstreckung überhaupt nicht stellt. Öffentlich-rechtliche Willenserklärungen werden nur entweder im Rahmen von Verträgen oder im Zusammenhang mit sog. mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten abgegeben. Kommt der Bürger einer vertraglichen Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung nicht nach, so geht die Behörde nicht mit einer Verfügung gegen ihn vor, sondern verklagt ihn vor dem Verwaltungsgericht (OVG Münster, DöV 67/1967; Wolff I § 44 II e; Lerche, JSchrVwgbkt II 82-89; a.A. bezüglich Vergleichsverträgen, bayLSG DVBl. 67/829 m. abl. Anm. von Czermak) mit dessen rechtskräftigem Urteil nach § 167 I VwGO, der auf § 894 ZPO verweist, die Willenserklärung als abgegeben gilt. Bei den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten dagegen ist die Willenserklärung zwar ein rechtsfolgebegründendes oder rechtsfolgebedingendes Tatbestandsmoment (vgl. eingehend Wolff I § 48), jedoch besteht keine Verpflichtung zu ihrer Abgabe und daher auch keine Notwendigkeit der Vollstreckung.

2) Die Notwendigkeit der Vorlegung der Verfügung (analog einem rechtskräftigem Urteil) ergibt sich aus dem gesetzlichen Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile in § 925 BGB (vgl. RG 76/411; KG 44/223; 49/183).

vor der zuständigen Stelle seinerseits die erforderliche Annahmeerklärung abgeben und damit die Auflassung bewirken könnte.

b) Diese kurze Erörterung der möglichen Einwände gegen die Zulässigkeit von Übereignungsbaulasten verdeutlichen die Problematik. Keiner der Einwände ist zwingend, gegen jeden läßt sich ein Gegenargument anführen. Andererseits finden sich aber außer der Vereinbarkeit mit dem Gesetzeswortlaut und der nicht näher begründeten sächsischen Rechtsprechung auch keine Argumente für die Zulässigkeit von Übereignungsbaulasten. Selbst das Kriterium der Nützlichkeit, das bisher in Zweifelsfällen den Ausschlag gegeben hat, versagt diesmal, weil es voraussetzt, daß die in Frage stehende Baulast einem öffentlichen Interesse dient, das sich auf andere Weise nicht oder nicht so gut befriedigen läßt. Das ist bei Übereignungsbaulasten aber nicht der Fall. An ihrer Stelle stehen vielmehr völlig adäquate privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Statt eine Baulast zu übernehmen, kann der Übereignungswillige ebensogut einen privatrechtlichen gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag schließen. Der Vorteil einer Übereignungsbaulast gegenüber einem privatrechtlichen Vertrag besteht außer in der erleichterten Durchsetzbarkeit lediglich in den geringeren Kosten und dem vereinfachten Verfahren; er ist also rein fiskalischer bzw. verfahrensmäßiger Art. Ein solcher Vorteil begründet aber kein hinreichendes spezifisch baurechtliches Interesse an einer Übereignungsbaulast.

c) Fehlen somit zwingende positive oder negative Gründe für oder gegen die Zulässigkeit von Übereignungsbaulasten, so ist als letztes¹⁾ Auslegungskriterium auf den Gesichtspunkt

1) In den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen spielt die Systematik eine ungleich größere Rolle als etwa in denen des angelsächsischen common law. In der kontinentalen Rechtsprechung und Wissenschaft wird häufig argumentiert, ein bestimmtes Institut sei dem jeweiligen Rechtssystem fremd oder eine bestimmte Rechtsfolge mit ihm nicht ver-

der systematischen Einheitlichkeit abzustellen. Die entscheidende Frage lautet daher, ob sich Übereignungsbaulasten harmonisch in das überkommene System des Verwaltungsrechts einfügen. Diese Frage ist nach dem oben Gesagten eindeutig zu verneinen. Wie dort festgestellt wurde, unterscheiden sich Übereignungsbaulasten von allen anderen Baulasten und sonstigen durch Verfügung durchsetzbaren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen darin, daß sie auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sind. Sie stellen daher einen Verpflichtungstypus dar, der dem bisherigen Rechtssystem fremd ist und der überdies hinsichtlich der Vollstreckung besondere Schwierigkeiten bereitet. Vom systematischen Standpunkt aus sind Übereignungsbaulasten daher als atypisch und systemfremd abzulehnen. Da keine besonderen Gründe für sie sprechen und insbesondere für ihre Einführung keine Notwendigkeit besteht, sind sie daher trotz ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesetzeswortlaut für unzulässig zu erachten.

einbar, oder weil der Gesetzgeber einen systematisch gleichliegenden Fall in einer bestimmten Weise geregelt habe, müsse der vorliegende Fall ebenso entschieden werden. Man denke nur etwa an das Dogma von *numerus clausus* der dinglichen Rechte oder das System des deutschen Bereicherungs- oder Deliktsrechts. Das angelsächsische Recht legt dagegen auf Systematik keinen Wert und nimmt auch gelegentliche Widersprüchlichkeiten ohne weiteres in Kauf. Bezeichnend für diese Einstellung ist der Ausspruch Lord Macmillans: "Die Richter dieses Gerichts sollen einen Rechtsstreit zwischen den Parteien entscheiden; es ist nicht ihre Aufgabe, das englische Recht vernunftsmäßig zu gestalten. Das Verlangen nach rechtlicher Folgerichtigkeit ist nicht stichhaltig, denn das *common law* ist ein praktisches Recht, das den mannigfaltigen Ungleichheiten des menschlichen Lebens angepaßt ist und ein großer amerikanischer Richter (gemeint war der berühmte Chief Justice des Supreme Court Oliver Wendel Holmes) hat uns daran erinnert, daß das Leben des Rechts nicht die Logik, sondern die Erfahrung ist." (Read vs. J. Lyons & Co. Ltd. (1947) AC 156) Wenn sich dieser Satz auch nicht auf das deutsche Recht übertragen läßt, so macht er doch die für eine materiell gerechte Entscheidung bloß subsidiäre Bedeutung systematischer Gesichtspunkte deutlich.

IV. Das Unterlassen

Gegenstand einer auf ein Unterlassen gerichteten Baulast kann sein:

1) das Unterlassen aller derjenigen Handlungen, die oben¹⁾ als möglicher Inhalt einer auf ein positives Tun gerichteten Baulast aufgeführt wurden, insbesondere also:

a) der Errichtung, Anlegung, Unterhaltung, Änderung oder Beseitigung von baulichen und diesen gleichgestellten Anlagen aller Art, Grenzbefestigungen, Masten, Gerüsten und Bepflanzungen usw. sowie deren Teile,

b) der Nutzung des Grundstücks, dessen baulicher und der ihnen gleichgestellten Anlagen usw. und deren Teile.

2) Weiter kommt als Gegenstand einer auf ein Unterlassen gerichteten Baulast in Betracht der Verzicht auf Rechte bzw. die Verpflichtung zu deren Nichtgeltendmachung. Hierbei ist wiederum zu unterscheiden zwischen Entschädigungsansprüchen, also Ansprüchen auf Geld, und sonstigen, sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Ansprüchen.

a) Die Zulässigkeit der Sicherung eines Verzichts auf Entschädigungsansprüche durch Baulasten wird im Schrifttum nur im Zusammenhang mit § 32 BBauG erörtert. Sind in einem Bebauungsplan überbaute Flächen als Baugrundstücke für den Gemeinbedarf oder als Verkehrs- oder Versorgungs- oder Grünflächen festgesetzt, so dürfen nach dieser Vorschrift auf ihnen Bauvorhaben, die eine wertsteigernde Änderung baulicher Anlagen zur Folge haben, nur unter besonderen Voraussetzungen zugelassen und dispensiert werden. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn "der Eigentümer für sich und seine Rechtsnachfolger auf Ersatz der Werterhöhung für den Fall schriftlich verzichtet, daß der Bebauungsplan durchgeführt wird".

aa) Über den Charakter dieses sogenannten Mehrwertverzichts und die Notwendigkeit, seine Wirkung gegenüber dem Rechtsnachfolger durch eine Baulast sicherzustellen, gehen die Meinungen auseinander. Nach der einen Meinung wirkt der

1) S. 56 ff.

Mehrwertverzicht ausschließlich zwischen dem Eigentümer und dem Begünstigten (idR der Gemeinde)¹⁾. Drei Argumente werden dafür vorgebracht: erstens, das bürgerliche Recht kenne zwar einen einseitigen Verzicht im Sachenrecht, nicht jedoch im Schuldrecht, vielmehr erlösche nach § 397 BGB das Schuldverhältnis ausdrücklich durch einen Erlaßvertrag; zweitens könnten nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zwar be- tagte oder bedingte, nicht jedoch künftige Forderungen er- lassen werden²⁾ und drittens sei dem BGB ein schuldrechtli- cher Vertrag zu Lasten Dritter fremd, so daß ein Rechtsver- lust des Rechtsnachfolgers ohne dessen Mitwirkung durch einen schuldrechtlichen Vertrag des Eigentümers nicht zu erreichen sei. Wolle man eine unmittelbare Wirkung des Verzichts auf den Rechtsnachfolger im Eigentum erreichen, so müsse man ihm "dinglichen Charakter als öffentliche Baulast im Sinne des § 107 Musterbauordnung verleihen"³⁾. Nach der anderen Mei- nung dagegen genügt der bloße schriftliche Verzicht des Eigentümers, um die Wirkung auch gegenüber dem Rechtsnachfol- ger⁴⁾ herbeizuführen.

Der Meinung, der Verzicht wirke nur inter partes, ist zuzu- geben, daß ihre Argumente als solche zutreffen. Gleichwohl erbringen sie keinen Beweis für die vertretene Ansicht. Denn die behauptete mangelnde Wirkung des Mehrwertverzichts gegen-

1) Schrödter, Bundesbaugesetz § 32 Anm. 2; Schütz-Frohberg, Bundesbaugesetz § 32 Anm. 2 c).

2) RGZ 124/326; 148/262; auch im Schrifttum h.M. Kritisch jedoch Erman-Westermann § 397 Anm. 2.

3) Schrödter a.a.O. Unklar Gädtke, Bauordnung S. 565: ein Mehrwertverzicht kann als Baulast abgegeben werden, um ihm "dinglichen Charakter zuzumessen" und alle "Zweifel über die rechtliche Bedeutung des Mehrwertverzichts mit Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern" zu beseitigen.

4) Fickert, Bundesbaugesetz § 32 Anm. 2 d. In der Erstrek- kung auf den Rechtsnachfolger "liegt ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter, das dem bisherigen Recht fremd war .." (KK-Grauvogel § 32 4 c) cc)). Dem Verzicht komme eine dingliche Wirkung zu, ohne daß er entsprechend im Grund- buch vermerkt sei, er sei daher "als öffentliche auf dem Grundstück ruhende Baulast" anzusehen (Weinisch, Bundes- baugesetz S. 194).

über dem Rechtsnachfolger wird nicht aus irgendwelchen materiellen Gründen hergeleitet, sondern allein aus der Tatsache, daß es im Zivilrecht derartige Verzichtserklärungen nicht gibt. Der Sache nach handelt es sich also um nichts anderes als das schon hinlänglich erörterte Argument der systematischen Einheitlichkeit. Dieses Argument verfängt im vorliegenden Fall jedoch nicht. Da - was aus der Formulierung "und seinen Rechtsnachfolger" eindeutig hervorgeht und offenbar auch nicht bestritten wird¹⁾ - der Gesetzgeber die Wirkung der Verzichtserklärung auch gegenüber dem Rechtsnachfolger anordnen wollte, hängt die Wirksamkeit dieser Regelung nicht etwa von ihrer Systemkonformität, sondern ausschließlich von ihrer Verfassungsmäßigkeit ab. Die Verfassungsmäßigkeit der gegenwärtigen Regelung läßt sich jedoch nicht bezweifeln. Ihre bloße Systemwidrigkeit macht sie nicht verfassungswidrig; der Gesetzgeber ist an die bestehende Systematik nicht gebunden, sondern frei, neue Rechtstypen zu schaffen. Wenn die Wirkung des Mehrwertverzichts gegenüber dem Rechtsnachfolger auch vom systematischen Standpunkt bedauerlich und für die Rechtssicherheit abträglich sein mag, so muß sie doch als geltendes Recht hingenommen werden. Einer Sicherung des Mehrwertverzichts durch eine Baulast bedarf es demnach nicht²⁾.

bb) Wichtiger als dieses spezielle Ergebnis ist der Umstand, daß ein Verzicht auf Entschädigungsansprüche überhaupt als Gegenstand einer Baulast für zulässig gehalten wird. Diese Annahme erweckt nämlich noch in anderer Hinsicht Bedenken. Der Verzicht auf ein gegenwärtiges oder zukünftiges Recht stellt eine Verfügung dar, die den Untergang bzw. die Nichtentstehung³⁾ dieses Rechts bewirkt. Baulasten sind jedoch

1) Außer anscheinend von Schütz-Frohberg, a.a.O.

2) Die Eintragung des Mehrwertverzichts in das Baulastenverzeichnis dürfte aber zulässig und auch zweckmäßig sein (s. unten S. 149).

3) Ausdrücklich KK-Grauvogel (a.a.O.): "Der Verzicht bewirkt, daß der Anspruch nicht mehr entstehen kann."

definitionsgemäß gerade keine Verfügungen, sondern immer nur "Verpflichtungen". Die Übernahme einer Baulast bewirkt gerade nicht den Untergang oder die Nichtentstehung eines Rechts, sondern begründet im Gegenteil jeweils eine neue sich nicht schon aus dem Gesetz ergebende Verpflichtung. Die Definition des Gesetzes setzt damit dem Inhalt von Baulasten von vornherein eine Grenze, die sich auch durch keine wie immer zu begründende Analogie zur zivilrechtlichen Dienstbarkeit überwinden läßt¹⁾. Verzichtserklärungen können infolgedessen niemals als Baulasten übernommen werden.

Nicht entschieden ist damit, ob auch Baulasten unzulässig sind, die nicht einen Verzicht beinhalten, sondern die Verpflichtung, einen Entschädigungsanspruch nicht geltend zu machen. Der Unterschied liegt darin, daß bei solchen Baulasten der Entschädigungsanspruch zwar zur Entstehung gelangt, seiner Geltendmachung jedoch im Wege der Einrede widersprochen werden kann²⁾. Im Ergebnis laufen sie also auf dasselbe hinaus.

Mit dem Gesetzeswortlaut sind solche Baulasten ohne weiteres vereinbar; ihre Zulässigkeit richtet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen. Als einziges spezifisches Auslegungskriterium läßt sich dabei nur feststellen, daß solche Baulasten im Rahmen der verschiedenen Bodenordnungsverfahren³⁾ durchaus nützliche Dienste leisten können. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte ist dieser Gesichtspunkt wiederum maßgeblich; Baulasten, die die Verpflichtung zur Nichtgeltendmachung von Entschädigungsansprüchen beinhalten, sind daher zulässig.

1) Die zivilrechtlichen Dienstbarkeiten können den Ausschluß von Geldansprüchen, z.B. Ansprüchen auf Schadloshaltung nach § 26 GewO (Wolff-Raiser, Sachenrecht § 53 III) oder Schadensersatz für Bergschäden (RGZ 130/151; 166/110; OLG Hamm MDR 65/659; auch KG HRR 33/1768 unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Rspr.) beinhalten, weil nach § 1018 BGB anders als nach den Bestimmungen über die Baulasten "ein Grundstück in der Weise belastet werden kann, daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist".

2) Die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen einem Erlaßvertrag und einem "pactum de non petendo" (vgl. Erman-Westermann § 397; Larenz, Schuldrecht I 6 S. 328) bietet eine gute Parallele.

3) Vgl. die §§ 40 III, 41 III, 42 I, 44 I, 60, 61 II, 81 I, 93 ff. BBauG.

b) Die zweite Gruppe, die Nichtgeltendmachung von sonstigen Rechten wirft keine besonderen Probleme auf. Gegen die Zulässigkeit derartiger Baulasten bestehen keine Bedenken. Zwei Arten sind zu unterscheiden:

aa) Die Nichtgeltendmachung von Rechten gegenüber baulichen und diesen gleichgestellten Anlagen usw. auf dem Nachbargrundstück, insbesondere die Nichterhebung eines Widerspruchs oder einer Klage gegen eine dem Nachbarn unter Dispensierung von sogenannten nachbarschützenden Vorschriften erteilten Bauerlaubnis¹⁾;

1) Mit dieser sogenannten baurechtlichen Nachbarklage befassen sich eine umfangreiche Rechtsprechung und eine fast unübersehbare Literatur. Einige ihrer Einzelheiten sind immer noch heftig umstritten, während andere inzwischen als geklärt gelten dürfen. Im wesentlichen berührt die Nachbarklage folgende Problemkreise:

1. Die Zulässigkeit einer Klage gegen einen an einen Dritten gerichteten Verwaltungsakt schlechthin,

2. die zu wählende Klageart:

a) vor Erteilung der Bauerlaubnis: Verpflichtungsklage (OVG Münster 13/1; Obermayer, JuS 1963/111 u.a.) oder Unterlassungsklage (Menger, Verw.Arch. 1958/280; Evers, JuS 1962/90 u.a.),

b) nach Erteilung der Bauerlaubnis: Anfechtungsklage (so heute wohl allg. Meinung, vgl. BVerwG 22/129; OVG Lüneburg DVBl. 61/55 und DöV 62/467, DVBl. 66/275 und das Schrifttum, z.B. Bender, NJW 66/2181) oder Verpflichtungsklage (so früher OVG Münster, OVG 13/6; NJW 58/353; Gelzer, NJW 58/325 und 59/1905).

3. Die Klagebefugnis. Diese hängt davon ab, ob ein Dispens von einer nachbarschützenden Vorschrift, d.h. einer Vorschrift, die nach der Absicht des Gesetzgebers nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern auch dem Schutz von Individualinteressen eines Privaten dienen, erteilt wurde. Welche Vorschriften als nachbarschützend anzusehen sind, ist heute weitgehend geklärt (Rüfner, DVBl. 1963/609, 611; a.M. Bernhardt, JZ 1963/302, 306; gegen ihn Menger, Verw.Arch. 1964/84 Anm. 55; vgl. die Zusammenstellung der bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen nachbarschützenden Vorschriften bei den Genannten, z.B. bei Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 128 1) aa) und bb) und Schrödter, Bundesbaugesetz § 31 Rdn. 8).

4. Die Frage des Suspensiveffekts nach § 80 VwGO bzw. der Notwendigkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO (vgl. OVG Lüneburg, OVG 19/374, anders OVG Münster, NJW 65/170; ferner Schäfer, DVBl. 62/848 f.; Heinze, NJW

bb) die Nichtgeltendmachung von Rechten gegen baurechtliche Beschränkungen, die sich auf das eigene Grundstück beziehen, insbesondere die Unterwerfung unter die Festsetzungen eines künftigen Bebauungsplanes¹⁾.

63/1433; De Clerk, DöV 64/152).

5. Die Voraussetzungen der Begründetheit der Nachbarklage (vgl. VGH Kassel, DVBl. 62/724, OVG Münster, OVG 15/223 = DVBl. 1960/603 - BBauBl. 1960/524 = Verw.Rspr. 13/76 einerseits und OVG Lüneburg, DöV 62/467 und nunmehr OVG Münster, BBauBl. 1964/151 = HGB Rspr. 1/247 und MDR 1964/445 andererseits).

6. Die Frage des Schadensersatzes bei einer unbegründeten Nachbarklage (vgl. z.B. BGH DVBl. 62/217 m. abl. Anm. von Redeker).

Die Zulässigkeit von Baulasten, keinen Widerspruch (und damit auch keine Klage) gegen nachbarliche Bauvorhaben zu erheben, hat schon das sächsische OVG in einem Fall (13/208 ff.) ausgesprochen, in dem ein Eigentümer durch eine Baulast "verzichtet" hatte, gegen eine höhere Bebauung auf dem Nachbargrundstück und einen geringeren Grenzabstand Widerspruch zu erheben (nach dem Allg.BauG war der Nachbar vor der Zulassung geringerer Seitenabstände oder das zulässige Maß übersteigender Gebäudehöhe "zu hören" und konnte ggf. Widerspruch einlegen). Zur Begründung führte das Gericht aus, in diesem Widerspruchsverzicht - und das sei "der positive Inhalt, der Kern der Erklärung" - komme zugleich der Wille des Eigentümers zum Ausdruck, "diese von den ortsgesetzlichen Bestimmungen abweichende und hierdurch zugleich (seinen) rechtlich geschützten Interessenkreis unmittelbar berührende Bebauung des Nachbargrundstücks zu dulden" und daß, da dies nicht bloß für den Eigentümer, sondern auch für alle späteren Nachbesitzer gelten solle, davon ausgegangen werden müsse, daß es sich um die Übernahme einer Verpflichtung "hinsichtlich des Grundstücks" handle (sächs. OVG 13/210 f.). Diese Begründung der im Ergebnis zutreffenden Entscheidung erscheint jedoch kaum haltbar, da einmal nach dem Gesetz die baulastmäßige Verpflichtung zu einem Dulden das belastete Grundstück selbst betreffen muß und zum anderen der Widerspruchsverzicht nicht ein Dulden, sondern die Aufgabe des Widerspruchsrechts bzw. (im Wege der Umdeutung) die Verpflichtung zu seiner Nichtgeltendmachung, also ein Unterlassen, beinhaltet.

- 1) Sächs. OVG 2/312; 15/304: Die Eigentümer hatten sich dort zur Erlangung einer Bauerlaubnis "im voraus" "allen denjenigen Bestimmungen" unterworfen, die eine (damals in Vorbereitung befindliche) Ortsbauordnung enthalten werde.

Heute ist ein Unterfall dieser Art von Verpflichtungen in § 33 BBauG geregelt (über dessen hier nicht näher inter-

3) In der Praxis finden sich gelegentlich Baulasten, die Verfügungs-, Verpflichtungs- oder Teilungsbeschränkungen beinhalten, wie etwa Baulasten, das Grundstück nicht oder nur an bestimmte Personengruppen zu vermieten oder zu verpachten oder es nicht belasten, zu teilen oder zu veräußern. Diese Baulasten bezwecken, den zivilrechtlichen status quo des Grundstücks in bestimmter Hinsicht aufrechtzuerhalten. Sie bilden ein schönes Beispiel für den Ideenreichtum der Verwaltung, denn die Möglichkeit solcher Baulasten wird nur an

essierende sehr streitige Auslegung vgl. statt vieler KK-Grauvogel, Komm. zu § 33), wonach in Gebieten, für die die Gemeinde beschlossen hat, einen Bebauungsplan im Sinne des § 30 BBauG aufzustellen, ein Vorhaben zulässig ist, wenn - gesicherte Erschließung vorausgesetzt - nach dem Stand der Planungsarbeiten anzunehmen ist, daß das Vorhaben den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegen stehen wird und "der Antragsteller diese Festsetzungen für sich und seine Rechtsnachfolger schriftlich anerkennt". Dieses Anerkenntnis soll nach Schrödter (Bundesbaugesetz, 1. Aufl. (1964) § 33 Rdn. 7, in der 2. Aufl. zweifelnd a.a.O.) entsprechend seiner zum Mehrwertverzicht vertretenen Auffassung (siehe oben S. 64 f.) Wirksamkeit gegenüber dem Rechtsnachfolger nur entfalten, wenn es als landesrechtliche Baulast im technischen Sinne übernommen wird. Nach der Gegenmeinung (KK-Grauvogel § 33 3 c) gg); Bielenberg DVBl. 1965/269; Füsslein DVBl. 1965/270) kann das Anerkenntnis zwar Gegenstand einer Baulast sein, da es eine öffentlich-rechtliche, sich nicht schon aus dem Gesetz ergebende Verpflichtung eines Grundstückseigentümers zu einem sein Grundstück betreffenden Unterlassen sei, einer Begründung und Eintragung als förmliche Baulast bedürfe es aber nicht, sonst sei "§ 33 ein unvollständiges Gesetz" (ebenso Bielenberg DVBl. 1965/265; Fickert, Bundesbaugesetz § 33 Anm. 3 a). Diese Meinung verdient aus denselben wie den zum Mehrwertverzicht angegebenen Gründen den Vorzug. Im übrigen ist sie aber insofern ungenau, als sie das Anerkenntnis lediglich als eine auf ein Unterlassen gerichtete Verpflichtung bezeichnet. Beim Anerkenntnis nach § 33 BBauG (wie bei jeder baulastmäßigen Unterwerfung unter die Bestimmungen eines zukünftigen Bebauungsplans) sind jedoch zwei Verpflichtungen zu trennen:

- a) die Verpflichtung, keine Einwendungen gegen den Bebauungsplan zu erheben und
 - b) die Verpflichtung, das vor Erlaß des Bebauungsplans durchgeführte Bauvorhaben an dessen Festsetzungen anzupassen und ggf. sogar (teilweise) zu beseitigen.
- Nur die erste Verpflichtung betrifft ein Unterlassen, die zweite dagegen ein positives Tun.

einer Stelle im Schrifttum¹⁾ beiläufig und überdies ablehnend erwähnt.

Im Zivilrecht sind derartige Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen unzulässig; aus Gründen der Verkehrssicherheit können sie weder mit dinglicher Wirkung vereinbart (§ 137 BGB) noch als Dienstbarkeiten begründet werden²⁾. Dieser Grundsatz läßt sich jedoch nicht vorbehaltlos auf die Baulast übertragen, weil zumindest bei einem Teil verfügungs- oder teilungsbeschränkender Baulasten die Möglichkeit einer Verkehrsgefährdung ausscheidet. Das ist zum Beispiel bei denjenigen Baulasten der Fall, die eine Verpflichtung zur Unterlassung von Handlungen beinhalten, die nach den Bodenverkehrsbestimmungen³⁾ genehmigungspflichtig sind, denn derartige Baulasten werden in dem Genehmigungsverfahren mitberücksichtigt. Darf etwa auf Grund einer Baulast ein Grundstück im Bereich eines Bebauungsplans oder im Innenbereich nicht geteilt oder ein Grundstück im Außenbereich nicht mit einem Erbbaurecht belastet werden, so hat das zur Folge, daß die Genehmigung auch bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen versagt wird. Eine Rechtsunsicherheit ist damit ausgeschlossen. Baulasten, die einen genehmigungspflichtigen Vorgang betreffen, können also niemals eine Verkehrsgefährdung hervorrufen, sondern schaffen lediglich einen zusätzlichen Versagungsgrund. Anders verhält es sich mit verfügungsverpflichtungs- oder

-
- 1) Bei Hirsch, Baulasten S. 294 und 300, der eine Stuttgarter Ortsbausatzung vom 1. August 1912 zitiert, wonach sich Eigentümer "bezüglich der Festsetzung der Mietpreise (von Wohnungen für minderbemittelte Klassen) der Genehmigung des Gemeinderats unterwerfen", also ihre Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Preisbildung beschränken konnten. Hirsch erklärte eine Eintragung dieser Verpflichtungen in das Baulastenbuch ausdrücklich für unzulässig (a.a.O. S. 300 Fn. 8).
 - 2) Bay.ObLG 53/84 (Veräußerungsverbot); Rostock, OLGE 21/407; KG Recht 1911 Nr. 2570, SeuffA 65 Nr. 169; 66 Nr. 210 (Teilungsverbot; KGJ 36/219, 45/229, 51/297 (Belastungs-, Verpachtungsverbot).
 - 3) Hauptsächlich die §§ 19 ff. BBauG und 2 ff. GrdstVG (Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz) vom 28. Juli 1961) (BGBl. I, 1091).

teilungsbeschränkenden Baulasten, die keinen genehmigungspflichtigen Vorgang (z.B. eine Vermietung, Verpachtung oder eine Wohnrechtbestellung) betreffen. Ihre Beachtung wird durch kein besonderes Verfahren gewährleistet. Daraus kann sich in der Tat eine Gefährdung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ergeben. Schon aus diesem Grunde ist die Frage ihrer Zulässigkeit möglicherweise anders als die der Zulässigkeit der erstgenannten Baulasten zu beurteilen. Im übrigen unterscheiden sich die verfügungs-, verpflichtungs- und teilungsbeschränkenden Baulasten auch sonst in mehrfacher Hinsicht (z.B. sind Verfügungen und Verpflichtungen Rechtsgeschäfte, Teilungen dagegen nicht); ihre Zulässigkeit ist daher jeweils getrennt zu untersuchen.

a) Die Zulässigkeit von Baulasten nicht zu vermieten ist nicht nur im Hinblick auf ihre Verkehrsgefährdung, sondern schon hinsichtlich des Erfordernisses der baurechtlichen Relevanz fragwürdig. Ein Mietvertrag bewirkt, daß statt des Eigentümers der Mieter zum Gebrauch der Mietsache berechtigt ist, also einen Wechsel in der Person des Gebrauchsberechtigten. Ein solcher Wechsel ist jedoch baurechtlich in aller Regel irrelevant. Das Baurecht befaßt sich nur damit, wie ein Grundstück oder eine bauliche Anlage gebraucht oder genutzt wird, nicht dagegen, wer sie braucht oder nutzt. Die Bestimmungen über die bauliche Nutzung stellen auf sachliche, nicht auf personelle Gesichtspunkte ab. Die Zulässigkeit einer bestimmten Nutzung einer baulichen Anlage hängt nur von der Art des jeweiligen Baugebietes ab, nicht dagegen von der Person des jeweils Nutzenden oder seiner Berufszugehörigkeit, seinem Einkommen oder seinen sonstigen Verhältnissen. Ob der jeweils Nutzende Beamter ist, der Gewerkschaft angehört oder zu den sozial schwächeren Bevölkerungsschichten zählt, mag für die Vergabe von Wohnungen im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus oder für sonstige Zwecke bedeutsam sein, nicht jedoch für das Baurecht. Baurechtlich gleichgültig ist daher auch, ob der Eigentümer die bauliche Anlage selbst nutzt oder sie vermietet. Die Substitution des Eigentümers durch den Mieter bildet einen baurechtlich unerheblichen

chen Vorgang. Damit ist aber auch der Mietvertrag selbst baurechtlich bedeutungslos. Baulasten nicht zu vermieten, fehlt daher schon die bauliche Relevanz.

Nur in einem Fall, in § 35 I Ziff. 2 BBauG, hat das Gesetz mit der Privilegierung einer "Landarbeiterstelle" zur Bestimmung der baulichen Nutzung an einen personellen Umstand angeknüpft. In diesem Fall ist es also nicht gleichgültig, wer die bauliche Anlage benutzt, sondern es dürfen sie nur bestimmte Personen, nämlich Landarbeiter benutzen. Hier besitzt also auch der jeweilige Mietvertragspartner ausnahmsweise baurechtliche Bedeutung. Da der Eigentümer trotz der Genehmigung des Bauvorhabens (nur) als Landarbeiterstelle nicht gehindert ist, es an andere Personen als Landarbeiter zu vermieten¹⁾, könnte man in diesem Falle daran denken, eine Baulast mit dem Inhalt, nicht an andere Personen zu vermieten, zuzulassen, um eine zweckwidrige Verwendung des Gebäudes zu verhindern. Derartige Baulasten stellen tatsächlich einen Teil der in der Praxis anzutreffenden verpflichtungsbeschränkenden Baulasten dar.

Es fragt sich jedoch, was mit solchen Baulasten gewonnen ist. Auch auf Grund solcher Baulasten kann die Behörde bei einer Zuwiderhandlung des Eigentümers erst eingreifen, wenn mit der baurechtswidrigen Nutzung des Gebäudes tatsächlich begonnen wird. Der bloße Abschluß des Mietvertrages als solcher verletzt noch kein öffentliches Interesse. Die Möglichkeit des Einschreitens hat die Behörde aber ebenso, wenn keine Baulasten bestehen. Sobald nämlich mit der baurechtswidrigen Nutzung begonnen wird, liegt ein Gesetzesverstoß und damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor, zu deren Beseitigung die Behörde berechtigt ist. Auch ohne Vorliegen einer Baulast kann die Behörde daher die Herstellung eines dem Gesetz entsprechenden Zustands und erforder-

1) Der Mietvertrag ist nicht nach § 134 BGB nichtig, da nicht schon der Abschluß des Vertrages, sondern erst der Beginn der baurechtswidrigen Nutzung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, KG OLGE 38/86 (Vermietung eines zum Aufenthalt von Menschen nicht gestatteten Kellerraumes als Geschäftsraum); VGH Kassel, NJW 64/2444; Soergel-Siebert-Hefermehl § 134 Rdn. 37.

lichenfalls die Räumung des Gebäudes verlangen. Ihre rechtlichen Möglichkeiten werden durch eine Baulast insoweit also nicht erweitert. Baulasten, nicht an andere Personen zu vermieten, bieten der Bauaufsichtsbehörde demnach keinerlei rechtliche Vorteile. Aus diesem Grunde sind sie überflüssig und überflüssige Baulasten liegen nicht im öffentlichen Interesse¹⁾.

Im Ergebnis sind daher Baulasten, ein Grundstück nicht zu vermieten, immer unzulässig, im Regelfall mangels baulicher Relevanz, im Ausnahmefall des § 35 I Ziff. 2 BBauG mangels eines öffentlichen Interesses²⁾.

-
- 1) Allenfalls käme ein öffentliches Interesse am Schutz des gutgläubigen Mieters in Betracht. Dieser Gesichtspunkt reicht indessen nicht aus, um die Zulässigkeit derartiger Baulasten zu begründen. Bei Landarbeiterstellen ist die Lage nicht anders als bei sonstigen Gebäuden. Bei diesen wird der gutgläubige Mieter - etwa der Mieter von Räumen zu gewerblichen Zwecken in einem reinen Wohngebiet - aber auch nicht geschützt. Der Mieter einer Landarbeiterstelle ist überdies wenig schutzwürdig, da deren Zweckbestimmung idR offenkundig ist.
 - 2) Vollständigkeitshalber sei eine theoretische Möglichkeit erwähnt, bei der solche Baulasten sowohl baurechtlich relevant wie im öffentlichen Interesse sein können, nämlich im Zusammenhang mit einem Umlegungsverfahren. Nach § 52 BBauG dürfen nach Bekanntgabe des Umlegungsbeschlusses im Umlegungsgebiet u.a. Vereinbarungen, durch die einem anderen ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks oder Grundteils eingeräumt wird, nur mit Genehmigung der Umlegungsstelle abgeschlossen werden. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß durch die Vereinbarung die Durchführung der Umlegung unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert würde. Neben diesen gesetzlichen Versagungsgründen sind Baulasten denkbar, durch die sich der Eigentümer verpflichtet, während des Umlegungsverfahrens auch solche Vermietungen zu unterlassen, die das Verfahren nur unwesentlich erschweren würden oder schon vor Beginn eines Umlegungsverfahrens Vermietungen zu unterlassen, die ein künftiges Verfahren vereiteln oder behindern würden. Die erste Möglichkeit kann mit dem Grundsatz "minima non curat praetor" abgetan werden; bei der zweiten läßt sich jedoch sowohl die baurechtliche Relevanz wie ein öffentliches Interesse schwerlich leugnen. Auch überwiegt dieses Interesse gegenüber dem Gesichtspunkt der Gefährdung der Verkehrssicherheit, zumal der Vertragspartner durch Gewährleistungsansprüche geschützt ist (baurechtliche Beschränkungen öffentlich-rechtlicher Art fallen nicht unter § 436 BGB, sondern sind Sach-

b) Für Baulasten nicht zu verpachten gilt dasselbe wie für Baulasten nicht zu vermieten: sie sind unzulässig, denn eine Verpachtung ist ebenfalls ein baurechtlich irrelevanter Vorgang.

Auch hier kommt jedoch eine Ausnahme in Betracht. Zu Vorhaben im Außenbereich, die einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen (§ 35 I Ziff. 1 BBauG), gehört eine bestimmte Mindestfläche Landes, die ständig beibehalten werden muß und auch nicht verpachtet werden darf, damit das Vorhaben seine im Verhältnis zur Betriebsfläche dienende Funktion nicht verliert. In der Praxis wird diese Bestimmung manchmal umgangen, indem ein bauwilliger Eigentümer ein als Wohnhaus beabsichtigtes (und damit nach § 35 II BBauG regelmäßig unzulässiges) Bauvorhaben als einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienend deklariert, das angeblich dazugehörige Land aber kurz nach der Fertigstellung des Bauvorhabens an einen Dritten verpachtet oder veräußert. Um dem entgegenzuwirken haben manche Bauaufsichtsbehörden in Zweifelsfällen die Erteilung der Baugenehmigung von der Übernahme einer Baulast abhängig gemacht, durch die der Eigentümer sich verpflichtete, das als zum Bauvorhaben gehörend bezeichnete Land nicht oder nur zusammen mit dem Vorhaben zu verpachten, veräußern oder mit einem Nießbrauch zu belasten.

Diese Baulasten sind jedoch ebenfalls überflüssig. Sie sind nicht nur deshalb überflüssig, weil sie der Bauaufsichtsbehörde keinen zusätzlichen Vorteil bieten, sondern weil die Verpflichtung, das zu dem Bauvorhaben gehörende Land nicht

nicht Rechtsmängel (vgl. Palandt § 434 Anm. 2 c; Erman-Böhle-Stamschräder § 434 Anm. 4 b; RGRK-Kuhn § 434 Anm. 13; a.A. Flad, Ortsstraßengesetz § 27 Anm. 7). Man wird solche Baulasten daher für zulässig erachten müssen. Allerdings wird die Voraussetzung, daß eine Vermietung ein künftiges Umlegungsverfahren wesentlich erschweren oder unmöglich machen würde, kaum jemals vorliegen. Die Undurchführbarkeit eines Umlegungsverfahrens auf Grund einer Vermietung kommt in der Praxis nicht vor und wesentliche Erschwerungen rühren regelmäßig nur daher, daß jeder neue Rechtserwerber im Umlegungsverfahren als Beteiligter behandelt wird und dadurch die Zustellung erweitert und der Umlegungsplan möglicherweise geändert werden muß. Diese Probleme tauchen vor Erlaß des Umlegungsbeschlusses jedoch noch nicht auf. Baulasten zur Sicherung eines künftigen Umlegungsverfahrens sind daher wohl nur von theoretischer Bedeutung.

zu verpachten, sich schon aus dem Gesetz ergibt. Im Gegensatz zur Vermietung einer Landarbeiterstelle an andere Personen ist die Verpachtung (Veräußerung, Nießbrauchbestellung) des zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe gehörenden Landes unmittelbar baurechtswidrig, da sie die dienende Funktion der baulichen Anlagen des Betriebes aufhebt und damit deren Charakter als privilegiertes Vorhaben beseitigt. Anders als der Abschluß des Mietvertrags verstößt die Verpachtung etc. also unmittelbar gegen das Gesetz. Sie ist damit nach § 134 BGB nichtig; besonderer Baulasten zu ihrer Verhinderung bedarf es daher nicht. Die im Zusammenhang mit einem Vorhaben des § 35 I Ziff. 1 BBauG übernommenen "Baulasten", das zu dem Vorhaben gehörende Land nicht zu verpachten etc., sind demnach keine echten Baulasten, sondern wiederholen nur eine ohnehin bestehende gesetzliche Verpflichtung.

c) Hinsichtlich der potentiellen Baulasttätigkeit von Verpflichtungen, ein Grundstück nicht zu belasten, läßt sich unterscheiden zwischen Belastungen, die ein Nutzungsrecht im weitesten Sinne (Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnrecht, Dienstbarkeit) gewähren und solchen, auf Grund deren Leistungen aus dem Grundstück zu erbringen sind (Reallast, Rentenschuld) oder auf Grund deren das Grundstück für eine bestimmte Geldsumme haftet (Hypothek, Grundschuld).

aa) Die Rechte der ersten Gruppe sind nur inhaltlich graduell verschiedene Nutzungsrechte an einem Grundstück; auf sie trifft das zu a) und b) Ausgeführte daher ebenfalls zu.

bb) Die Rechte der zweiten Gruppe haben auf die bauliche Gestaltung oder Nutzung eines Grundstücks keinen Einfluß, sondern stellen lediglich eine wirtschaftliche Teilzuordnung des Grundstücks an den jeweiligen Rechtsinhaber dar. Sie sind daher ausnahmslos baurechtlich irrelevant. Verpflichtungen zu ihrer Übernahme bzw. Nichtübernahme sind damit nicht baulastfähig.

d) Ebensowenig werfen Verpflichtungen, ein bestehendes Grundstücksrecht nicht zu übertragen, Probleme auf. Da es keinen Unterschied macht, ob ein Recht für einen anderen neu begründet oder ein bestehendes Recht auf ihn übertragen wird, gilt für sie das zu c) Gesagte entsprechend; derartige Verpflichtungen sind daher als Baulasten ebenfalls unzulässig.

e) Schließlich bleiben noch die Verpflichtungen, nicht zu teilen oder zu veräußern übrig.

aa) Der potentielle Anwendungsbereich etwaiger Baulasten, ein Grundstück nicht zu teilen, ist von vornherein beschränkt, weil die Teilung eines Grundstücks im Bereich eines Bebauungsplans und im Innenbereich immer, und im Außenbereich in bestimmten Fällen der Genehmigung bedarf und die Genehmigung zu versagen ist, wenn die Teilung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans bzw. der vorhandenen Bebauung bzw. mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung nicht vereinbar wäre. Insoweit ergibt sich ein Teilungsverbot also schon aus den gesetzlichen Bestimmungen. In Betracht kommen daher allenfalls Baulasten, die über die gesetzlichen Versagungsgründe hinaus noch weitere schaffen, die also eine Teilung auch dann verhindern, wenn sie mit den Festsetzungen des Bebauungsplans bzw. der vorhandenen Bebauung bzw. einer geordneten städtebaulichen Entwicklung vereinbar ist. Diesen Baulasten fehlt jedoch meist eine notwendige Voraussetzung. Soweit sie einen Versagungsgrund für eine § 19 II Ziff. 2 BBauG nicht unterliegende Teilung im Außenbereich schaffen, fehlt es an der baurechtlichen Relevanz. Das Gesetz hat derartige Teilungen von der Genehmigungspflicht ausgenommen, weil sie in aller Regel baurechtlich unerheblich sind. Unerheblich sind folglich auch Verpflichtungen, solche Teilungen zu unterlassen. In den anderen Fällen fehlt, wenn nicht die baurechtliche Relevanz, so doch regelmäßig ein öffentliches Interesse: im Genehmigungsverfahren werden alle baurechtlich bedeutsamen Gesichtspunkte berücksichtigt; für zusätzliche Versagungsgründe bleibt daher kein Raum. Verpflichtungen nicht zu teilen, sind daher nur in seltenen Fällen baulastfähig.

bb) Noch einfacher beantwortet sich die Frage nach der Zulässigkeit von Baulasten, ein Grundstück nicht zu veräußern: die Auflassung bewirkt mit Ausnahme des oben zu b)¹⁾ erörterten, auch auf sie zutreffenden Falles einen baurechtlich irrelevanten Eigentümerwechsel; eine Verpflichtung zu ihrer Unterlassung kann daher nicht als Baulast übernommen werden.

f) Im Ergebnis sind daher Baulasten, die Verfügungs- oder Verpflichtungsbeschränkungen beinhalten, generell unzulässig. Eine Ausnahme bildet nur die mehr theoretische Baulast, bestimmte rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Handlungen zu unterlassen, um ein künftiges Umlegungsverfahren nicht zu vereiteln oder zu erschweren. Teilungsbeschränkende Baulasten können nur in seltenen Ausnahmefällen übernommen werden.

V. Das Dulden

Gegenstand einer auf ein Dulden gerichteten Baulast kann sein die Duldung aller der oben²⁾ als möglicher Inhalt einer auf ein positives Tun gerichteten Baulast aufgeführten Handlungen, insbesondere die Duldung der Errichtung, Anlegung, Nutzung, Unterhaltung, Änderung oder Beseitigung von baulichen und diesen gleichgestellten Anlagen aller Art etc. sowie deren Teile, die Duldung von Grenzbefestigungen, Wegen, Gartenanlagen und Bepflanzungen usw., und die Duldung von Anlagen im öffentlichen Interesse (Kläranlagen, Pipelines, Gasrohren, Umspannanlagen, Masten und Leitungen) gemeinsamen Brandmauern, Befestigungen, Zufahrten und Stellplätzen³⁾. Besonderheiten tauchen hier nicht auf.

1) S. 75 f.

2) § 6 IV 1, 2 (S. 64 ff.).

3) Geh-, Fahr- und Leistungsrechte nach § 9 Ziff. 2 BBauG können also (entgegen Seyfried a.a.O. S. 149) zwar nicht zwangsweise begründet, wohl aber freiwillig übernommen werden (Ebenso Gelzer, Bauplanungsrecht § 56 S. 59; KK-Brüggemann-Pohl § 42 Anm. 16).

IV. Kapitel: Die Entstehung der Baulast

§ 7 Überblick

Die Baulast entsteht durch die "Erklärung" eines "Grundstückseigentümers" "gegenüber der Bauaufsichtsbehörde". Die Erklärung bedarf einer bestimmten Form und "ist" in das Baulastenverzeichnis einzutragen. Außerdem setzt die Baulast ein "öffentliches Interesse" voraus, da die Bauaufsichtsbehörde auf sie verzichten muß, wenn ein öffentliches Interesse an ihr nicht mehr besteht. Weitere Bestimmungen trifft das Gesetz nicht.

Diese spärliche Regelung wirft eine Reihe von Problemen auf. Zunächst fragt sich, ob nur "Grundstückseigentümer" oder auch andere Personen, insbesondere Erbbauberechtigte, Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigte, Mieter und Pächter Baulasten übernehmen können (§ 8). Sodann fragt sich, welche Voraussetzungen für die "Erklärung" gelten, ob sich die privatrechtlichen Regeln über Willenserklärungen ohne weiteres auf die Baulast übertragen lassen oder ob sie einer Modifizierung bedürfen (§ 9). Weiterhin sind das "öffentliche Interesse" (§ 10) und die Funktion der Bauaufsichtsbehörde bei Entgegennahme der Erklärung sowie die Bedeutung der Eintragung (§ 11) näher zu analysieren.

§ 8 Der Baulastübernehmer

I. Der Eigentümer

Nach dem Gesetz übernimmt die Baulast der Eigentümer desjenigen Grundstücks, auf das die Baulast sich bezieht. Ist der im Grundbuch Eingetragene in Wahrheit gar nicht der Eigentümer, so ist die Baulastübernahme gemäß §§ 892, 893 BGB analog gleichwohl wirksam. Steht das Grundstück in gemeinschaftlichem Eigentum (Gesamthandseigentum, Miteigentum) so gilt:

1. Gesamthandseigentum kann an dem Grundstück nur in den drei enumerativ aufgeführten Fällen (Erbengemeinschaft, Gütergemeinschaft, (bürgerliche und handelsrechtliche) Gesellschaft) bestehen.

a) Bei der Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB) müssen alle Erben gemeinschaftlich handeln, da die Baulast eine Belastung des Grundstücks darstellt und die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können (§ 2040 Abs. 1 BGB).

b) Bei der Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) muß der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, die Baulast übernehmen (§ 1422 S. 1 BGB); verwalten beide Ehegatten das Gesamtgut, so sind sie nur gemeinschaftlich zur Baulastübernahme berechtigt (§ 1450 Abs. 1 S. 1 BGB).

c) Bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) handelt für die Gesellschaft der vertretungsberechtigte Gesellschafter. Die Vertretungsberechtigung steht einem Gesellschafter im Zweifel zu, wenn er nach dem Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung befugt ist (§ 714 BGB). Fehlen besondere Vereinbarungen, so sind nur alle Gesellschafter gemeinsam geschäftsführungs- und damit vertretungsberechtigt (§ 709 BGB). Bei einer OHG (§§ 105 ff. HGB) oder Kommanditgesellschaft (§§ 161 ff. HGB) kann jeder Gesellschafter (nicht Kommanditist, § 170 HGB) die Gesellschaft vertreten, soweit er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist (§ 125 Abs. 1 HGB).

2. Im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen (§§ 1008 ff., 741 ff. BGB) müssen die Miteigentümer die Baulast gemeinsam übernehmen (§ 744 Abs. 1 und § 747 S. 2 BGB)¹⁾; besteht Miteigentum in der Sonderform des Wohnungseigentums nach dem

1) Das Miteigentum ist lediglich eine Unterart der Bruchteilsgemeinschaft; daher gelten die §§ 741 ff. BGB subsidiär (vgl. statt aller Staudinger-Berg § 1008 Rdn. 4 ff., 9).

Wohnungseigentumsgesetz¹⁾, so ist zu unterscheiden:

- a) bezieht sich die Baulast ausschließlich auf einen Grundstücksteil, der im Sondereigentum eines Miteigentümers (§ 5 WEG) steht, so genügt dessen Übernahme (§ 13 WEG);
- b) bezieht sie sich dagegen auf solche Grundstücksteile, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, so müssen alle Miteigentümer gemeinschaftlich handeln (§ 10 WEG iVm § 741 ff. BGB).

II. Andere Personen

Problematisch ist dagegen, ob außer dem Eigentümer auch andere Personen eine Baulast übernehmen können, insbesondere Personen, denen an dem Grundstück ein dingliches oder obligatorisches Recht zusteht.

1. Diese Frage ist bisher fast nur für Erbbauberechtigte angeschnitten und ohne nähere Begründung bejaht worden²⁾. Eine Stütze für diese Auffassung läßt sich aus dem Gesetz selbst, das den Erbbauberechtigten dem Eigentümer teilweise ausdrücklich gleichstellt³⁾, der Eigenschaft des Erbbaurechts als grundstücksgleichem Recht⁴⁾ und aus dessen Wirkungen herleiten. Das Erbbaurecht berechtigt den Erbbauberechtigten auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu

1) Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) vom 15. März 1951 (BGBl. I S. 175 ber. S. 209).

2) Rumpelt § 2 Anm. 10; Flad, Ortsstraßengesetz § 27 Anm. 6; Hirsch, Baulasten S. 304; offenbar auch Gauß, Bauordnung S. 51 (jeweils hinsichtlich des Erbbauberechtigten); Krüger, FischersZ 42/306 f. unter Hinweis auf Sächs.OVG 10/45 ("jeder Inhaber der tatsächlichen Gewalt"; die genannte Entscheidung betraf jedoch Anliegerleistungen); Apelt, FischersZ 44/Beil. S. 56 (Erbbauberechtigter und Nießbraucher).

3) Z.B. in § 134 I BBauG.

4) § 11 der Verordnung über das Erbbaurecht (ErbbauRVO) vom 15.1.1919 (RGBl. S. 77 ber. S. 122).

haben¹⁾; kraft des Erbbaurechts ist anstelle des Grundeigentümers nur der Erbbauberechtigte befugt zu entscheiden, wann, wie und wo auf dem dem Erbbaurecht unterliegenden Grundstück(stell) gebaut wird. Auf Grund dessen ist es folgerichtig, dem Erbbauberechtigten auch die alleinige Befugnis zuzubilligen, freiwillige Verpflichtungen hinsichtlich der baulichen Gestaltung oder Nutzung des seinem Recht unterliegenden Grundstücks(teils) zu übernehmen. Hinzu kommt, daß das Eigentum an dem jeweiligen Bauwerk immer dem Erbbauberechtigten zusteht, unabhängig davon, ob das Bauwerk im Zeitpunkt der Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war oder nicht²⁾. Baulasten, die sich auf ein bereits bestehendes Bauwerk beziehen, wie etwa das Bauwerk in bestimmter Weise zu unterhalten, zu verändern oder zu nutzen, können daher ohnehin nicht von dem Grundstückseigentümer, sondern nur von dem Erbbauberechtigten übernommen werden. Die Übernahme dieser Baulasten läßt sich bei einiger Großzügigkeit sogar mit den Buchstaben des Gesetzes vereinbaren, da sie zwar nicht durch den "Grundstückseigentümer", aber doch durch den Gebäudeeigentümer auf Grund eines grundstücksgleichen Rechts erfolgt. Die Übernahme von Baulasten durch Erbbauberechtigte ist also zumindest insoweit zu bejahen, als es sich um Baulasten handelt, die das dem Erbbaurecht unterliegende Gebäude selbst betreffen.

Aber auch die Übernahme sonstiger Baulasten, die (nur) das Grundstück betreffen, dürfte zulässig sein. Zwischen den beiden Arten besteht nur der begriffliche Unterschied, daß die Eigentümer des jeweiligen Bezugsobjekts der Baulast (Gebäude bzw. Grundstück) verschieden sind. Dieser Unterschied ist jedoch für baurechtliche Zwecke unerheblich. Einmal läßt sich das Bezugsobjekt nicht immer einwandfrei bestimmen

1) § 1 I ErbbauRVO; das Recht kann auch auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt (§ 1 II ErbbauRVO).

2) Weitaus h.M., vgl. Staudinger-Ring § 12 ErbbauRVO Rdn. 12; Erman-Ronke § 12 Anm. 1; Palandt-Hoche § 12 Anm. 1; Westermann, Sachenrecht § 67 I 2 (S. 334); Wolff-Raiser, Sachenrecht § 104 II 1; a.A. RGRK-Deneke § 12 Anm. 2.

(bezieht sich die Verpflichtung, ein Haus nicht nachträglich zu unterkellern, auf das Haus oder das Grundstück?) und zum anderen ist nicht ersichtlich, warum ein Erbbauberechtigter sich zwar baulastmäßig zur Duldung eines Anbaus oder der Anbringung von Leitungen an sein Gebäude oder zur Verwendung gemeinsamer Bauteile verpflichten können soll, nicht dagegen zur Duldung von Zufahrten, Stellplätzen oder sonstigen Anlagen auf den übrigen, seinem Erbbaurecht ebenfalls unterliegenden Grundstücksteilen. Nach zutreffender Ansicht können daher Erbbauberechtigte im Rahmen ihres Rechts Baulasten aller Art übernehmen.

2. Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei sonstigen Personen, insbesondere dinglich oder obligatorisch Berechtigten (Nießbrauchern, Dienstbarkeitsberechtigten, Mietern, Pächtern), die weder ein grundstücksgleiches Recht innehaben noch an etwaigen baulichen Anlagen (außer allenfalls an Scheinbestandteilen) Eigentum erlangen. Die obige Argumentation läßt sich auf sie nicht übertragen. Auch stellt sich das Problem einer Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes hier in reiner Form, denn bei Zugrundelegung einer rein objektiven Auslegung ist die Übernahme einer Baulast durch andere Personen als den Eigentümer ausgeschlossen. Eine rein objektive Auslegung hat sich jedoch schon in bezug auf den Erbbauberechtigten als zu eng erwiesen und wird heute auch nirgends mehr vertreten¹⁾. Die Frage ist daher unter Abwägung der jeweiligen Konsequenzen sachgerecht zu lösen.

a) Wäre die Übernahme von Baulasten durch andere Personen, insbesondere dingliche oder obligatorische Berechtigte ausgeschlossen, so käme der Baulast im Falle der Belastung des Grundstücks mit Gebrauchs- oder Nutzungsrechten aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen geringere Bedeutung zu. Erstens wird ein Eigentümer, wenn ihm der Gebrauch oder die Nutzung des Grundstücks nicht zukommen, weniger leicht be-

1) Vgl. die oben auf S. 16 Fn. 1) genannten Werke, z.B. Larenz S. 241 ff.

reit sein, sich durch eine Baulast zu verpflichten; zweitens kann er die Baulast, soweit sie das Recht des Berechtigten beeinträchtigt, ohne dessen Zustimmung ohnehin nicht erfüllen¹⁾ und drittens wird deshalb mangels einer solchen Zustimmung häufig ein öffentliches Interesse an der Baulast fehlen. Der Anwendungsbereich der Baulast wäre also eingeschränkt. Läßt man dagegen die Übernahme von Baulasten auch durch andere Personen zu, so kann die Baulast sämtliche Funktionen erfüllen. Beispiele für Baulasten, die ein dinglich oder obligatorisch Berechtigter übernehmen könnte, sind etwa Verpflichtungen zur Errichtung, Änderung, Erhaltung oder Beseitigung von Scheinbestandteilen wie Baracken, Gartenlauben, Werkzeugschuppen, Hütten etc.²⁾, zur Anlage von Bepflanzungen, Grünanlagen oder einer sonstigen baurechtlich relevanten Gestaltung des Grundstücks sowie zur Duldung von im öffentlichen Interesse stehenden Anlagen. Fehlte die Möglichkeit, derartige Verpflichtungen seitens des jeweils Berechtigten baulastmäßig übernehmen zu lassen, so bestünde ein Mangel, der sich auf keine andere Weise beheben ließe. Dieser Mangel würde insbesondere dann fühlbar, wenn sich das Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an dem Grundstück über einen längeren Zeitraum, wie etwa bei einem lebenslangen Nießbrauch oder einem langjährigen Pachtvertrag, erstreckt. Vom pragmatischen Standpunkt ist die Zulässigkeit einer Übernahme von Baulasten durch andere Personen, insbesondere durch dinglich oder obligatorisch Berechtigte deshalb zu befürworten.

1) Dazu ausführlich unten § 15 III (S. 125 ff.).

2) Ob eine Anlage wesentlicher Bestandteil oder Scheinbestandteil ist, hängt davon ab, ob sie bei ihrer Errichtung nach dem Willen des Einfügenden (OGH 1/170; BGH BB 55/335) nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden worden ist und nicht nach Beendigung der vorübergehenden Grundstücksbenutzung in das Eigentum des Grundstückseigentümers fallen soll (BGH NJW 59/1488 mwN und die Kommentare zu § 95 BGB).

b) Ein zweites wesentliches Argument folgt aus der subsidiären Geltung des Polizeiordnungsrechts für das Baurecht. Unter anderem finden im Baurecht die Bestimmungen über die Polizeipflichtigkeit, d.h. die polizeirechtliche Verantwortlichkeit, Anwendung. Nach diesen Bestimmungen sind für den ordnungsgemäßen Zustand von Sachen, insbesondere von Grundstücken und Bauwerken, sowohl deren Eigentümer verantwortlich, wie auch derjenige, der die tatsächliche Gewalt über sie besitzt. Die Behörde kann daher, wenn von der Sache eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, ihre Maßnahmen sowohl gegen den einen wie gegen den anderen richten¹⁾. Hinsichtlich der Polizeipflichtigkeit macht das Gesetz also weder einen Unterschied zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt, noch unterscheidet es, ob der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen oder überhaupt auf Grund eines Rechtes ausübt. Da nun aber auch Baulasten polizeiliche (ordnungsrechtliche) Verpflichtungen sind, die sich von den übrigen weder nach Qualität, noch nach Inhalt noch hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit unterscheiden²⁾, liegt die Folgerung nahe, daß auch ihre Pflichtigkeitssubjekte dieselben sein können. Anders ausgedrückt: weil der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück oder Bauwerk Pflichtigkeitssubjekt einer gesetzlichen Polizeipflicht sein kann, muß er auch Pflichtigkeitssubjekt einer freiwilligen Polizeipflicht und damit Baulastübernehmer sein können. Gründe, warum die gesetzlichen und freiwilligen Verpflichtungen ansonsten gleich, in dieser Beziehung aber ungleich behandelt werden sollten, sind nicht erkennbar. Eine Baulast des Inhabers der tatsächlichen Gewalt läßt sich genauso wie die eines Eigentümers behandeln und bereitet keine besonderen Schwierigkeiten. Der Eigentümer wird dadurch nicht benachteiligt, da die Baulast ihm gegenüber nur insoweit wirkt, als der Inhaber der tatsächlichen Gewalt nach den bestehenden Rechts-

1) In Ausnahmefällen muß sie sogar den Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor dem Eigentümer in Anspruch nehmen, vgl. im einzelnen Wolff III § 127; Scheerbarth, Bauordnungsrecht §§ 11 ff. (S. 15 ff.) jeweils mwN.

2) Vgl. näher unten § 20 I 1 (S. 165 f.).

beziehungen zu ihrer Erfüllung berechtigt ist¹⁾.

Auf einem anderen Blatt steht, ob wegen der sich daraus ergebenden Beschränkung die Übernahme der Baulast im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegt. Häufig wird dies nicht der Fall sein. Dieser Einwand berührt aber nicht die grundsätzliche Frage, ob die Übernahme durch andere Personen als den Eigentümer (und Erbbauberechtigten) abstrakt zulässig ist. Die Frage der abstrakten Zulässigkeit von Baulasten anderer Personen muß vielmehr im Hinblick auf die erörterten Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit und Konformität mit der Pflichtigkeitsregelung des Polizeirechts positiv beantwortet werden. Baulasten können daher außer von dem Eigentümer auch von einem Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück oder Bauwerk, insbesondere von einem dinglich und obligatorisch Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigten übernommen werden.

§ 9 Die Baulasterklärung

I. Die Problematik

Die wesentlichste Voraussetzung für die Entstehung der Baulast bildet die Erklärung des Übernehmers. Mit der Erklärung wird bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Verpflichtung begründet, weil und soweit der Baulastübernehmer dies gewollt hat. Die Baulasterklärung stellt daher eine echte

1) Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt kann sich nicht öffentlich-rechtlich mit Wirkung gegenüber dem Eigentümer zu mehr verpflichten, als ihm zivilrechtlich erlaubt ist. Der Umfang seiner Berechtigung ergibt sich aus den jeweiligen Vereinbarungen bzw. aus dem Gesetz, also z.B. aus den §§ 535 ff., 581 ff. BGB (bei einem zugrunde liegenden Miet- oder Pachtverhältnis), den §§ 1020 ff. BGB (bei einer Dienstbarkeit), den §§ 1035 ff. BGB (bei einem Nießbrauch) etc. Unter Umständen kann der Inhaber der tatsächlichen Gewalt überhaupt keine Baulast übernehmen, nämlich dann, wenn er gegenüber dem Eigentümer keinerlei Rechte besitzt (etwa wenn er das Grundstück widerrechtlich in Besitz genommen hat). In diesen und in den Fällen, wo der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über sein Recht inhaltlich oder zeitlich hinausgehen will, bedarf die Baulastübernahme der Zustimmung des Eigentümers.

Willenserklärung im herkömmlichen Sinne dar. Sie unterscheidet sich von den privatrechtlichen nur insofern, als ihre Wirkung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegt. Die Übernahmeerklärung ist infolgedessen eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung¹⁾.

Welche Regeln für diese öffentlich-rechtliche Willenserklärung gelten, sagt das Gesetz nicht. Auch im sonstigen Baurecht oder allgemeinen Verwaltungsrecht gibt es darüber keine Vorschriften. Aus diesem Grunde sollen nach allgemeiner Meinung²⁾ die Vorschriften des BGB über privatrechtliche Willenserklärungen entsprechende Anwendung finden. Diese Ansicht trifft sicherlich insoweit zu, als sich aus der Öffentlich-rechtlichkeit der Baulasterklärung keine besonderen Rechtsfolgen ziehen lassen³⁾. Andererseits erfordern aber die besondere Funktion und Wirkung der Baulast möglicherweise eine differenzierende Behandlung. Die Behauptung, die privatrechtlichen Bestimmungen seien generell anwendbar, kann daher nicht unbesehen hingenommen werden.

II. Die Voraussetzungen der Erklärung

Im einzelnen bedürfen folgende Fragenkreise einer näheren Erörterung:

1. Die Voraussetzungen in der Person des Übernehmers

a) Das Privatrecht setzt zur Wirksamkeit einer Willenserklärung die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden voraus. Die

-
- 1) Das Kriterium der Öffentlich-rechtlichkeit einer Willenserklärung ist ausschließlich die "Natur des Rechtserfolgs" (v. Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht S. 104; Küchenhoff, Willenserklärung S. 320; Wolff § 36 II c 2).
 - 2) So ausdrücklich früher § 2 II 2 sächs. BauG (vgl. dazu Rumpelt Anm. 13), § 27 II 2 badOrtsstrG (vgl. dazu Flad, Ortsstraßengesetz Anm. 9), Württ.BauO, Art. 99 III 2 (vgl. dazu Hirsch, Baulasten S. 304 f.). Ebenso war die entsprechende Geltung der BGB-Vorschriften in einigen Entwürfen vorgesehen: § 3 des E 1917, Begründung zum E 1923 Sp. 9 und § 237 des E 1956. Ferner will Dittus, Baurecht S. 272 die BGB-Vorschriften anwenden.
 - 3) Vgl. G. Küchenhoff, Willenserklärung S. 320.

Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig (§ 105 Abs. 1 BGB). Da die Geschäftsunfähigkeit die positivrechtliche Unfähigkeit ist, durch eigene Willenserklärung Rechtswirkungen hervorzurufen, gilt sie notwendigerweise auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Personen, die noch nicht das siebente Lebensjahr vollendet haben oder sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, nicht nur vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden oder wegen Geistesschwäche entmündigt sind (§ 104 BGB), können also keine Baulasten übernehmen.

b) Aus denselben Gründen bedürfen Minderjährige und beschränkt Geschäftsfähige (wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte oder nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft Gestellte, § 114 BGB) der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB analog). Gesetzliche Vertreter sind beim Minderjährigen regelmäßig die beiden Eltern gemeinsam, § 1629 Abs. 2 BGB, bei den beschränkt Geschäftsfähigen ein Vormund. Letzterer benötigt zur Bestellung einer Baulast überdies die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1 BGB). Hat der Minderjährige oder beschränkt Geschäftsfähige eine Baulast ohne die erforderliche Einwilligung übernommen, so ist die Baulast nichtig (§ 111 BGB analog)¹⁾.

c) Bei Verfügungen erfordert das Privatrecht neben der Geschäftsfähigkeit außerdem noch die Verfügungsbefugnis. Diese ergibt sich regelmäßig aus der Inhaberschaft an dem Recht, über das verfügt werden soll und fehlt nur unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. nach Konkurseröffnung, § 6 KO). Bei fehlender Verfügungsbefugnis kann der Eigentümer nicht oder

1) Im Privatrecht ist umstritten, ob die den Erklärungsempfänger lediglich begünstigenden einseitigen Erklärungen unbedingt nichtig sind oder nicht nach § 108 BGB analog schwebend unwirksam und damit genehmigungsfähig sein können (dafür z.B. Erman-Westermann § 111 Anm. 1). Bei der Baulast ist aber jedenfalls Nichtigkeit anzunehmen, da eine schwebend unwirksame Baulast eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Belastungen des Grundstücks herbeiführen würde.

nur mit Zustimmung eines Dritten (z.B. des Konkursverwalters) verfügen. Wegen des Schutzzwecks der Verfügungsbeschränkungen muß die Verfügungsbefugnis bei Verfügungen im öffentlichen Recht ebenfalls vorliegen. Ob die Übernahme einer Baulast die Verfügungsbefugnis des Übernehmers voraussetzt, hängt daher davon ab, ob sie eine Verfügung darstellt.

aa) Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erschwert, daß außer dem Eigentümer des Grundstücks auch der Inhaber der tatsächlichen Gewalt Baulastübernehmer sein kann. Es ist daher zu unterscheiden: Übernimmt der Eigentümer eine Baulast, so begründet er damit eine öffentlich-rechtliche Last, die "auch gegen den Rechtsnachfolger" des Grundstücks wirkt, also unmittelbar auf dem Grundstück ruht. In diesem Fall weist die Baulast alle Merkmale eines dinglichen Rechts auf; soweit sie ein Dulden oder ein Unterlassen betrifft, entspricht sie, abgesehen von ihrer öffentlich-rechtlichen Natur, sogar vollkommen einer Dienstbarkeit. Die Übernahme einer Baulast seitens des Eigentümers stellt deshalb eine Belastung des Grundstücks und somit eine Verfügung dar. Dasselbe gilt entsprechend für die Übernahme durch einen Erbbauberechtigten. Übernimmt dagegen ein sonstiger Inhaber der tatsächlichen Gewalt eine Baulast, so trifft dies nicht zu. Zwar beinhaltet die Baulast auch in diesem Fall eine ein Grundstück betreffende und gegenüber dem "Rechtsnachfolger" des Übernehmers (z.B. Unterpächter)¹⁾ wirksame Verpflichtung. Diese Verpflichtung ruht aber nicht auf dem Grundstück, da sie sich notwendigerweise im Rahmen der dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt eingeräumten Berechtigung (z.B. dem Nießbrauch oder Pachtrecht) halten muß und mit deren Wegfall ihre Wirksamkeit verliert. Die Baulast berührt das Eigentum an dem Grundstück in diesem Fall also überhaupt nicht; ihre Übernahme durch den Inhaber der tatsächlichen Gewalt stellt daher keine Belastung des Grundstücks und somit auch keine Verfügung dar.

1) Zu dem Begriff des "Rechtsnachfolgers" ist Baulastvorschriften siehe unten § 14 II, S. 118 ff.

bb) Das gewonnene Ergebnis erscheint zunächst paradox: in dem einen Fall ist die Übernahme einer Baulast eine Verfügung, in dem anderen Fall ist sie es nicht. In der Tat gibt es hierzu im Privatrecht keine Parallele. Gleichwohl ist das Ergebnis nicht nur konstruktiv, sondern auch sachlich angemessen. Könnte ein Eigentümer oder Erbbauberechtigter auch nach Verlust seiner Verfügungsbefugnis (z.B. infolge der Konkurseröffnung über sein Vermögen) noch Baulasten bestellen, so könnte er damit noch nachträglich das zur Konkursmasse gehörende Grundstück entwerten. Damit würde eine Folge eintreten, die § 6 KO gerade verhindern wollte. Die Gläubiger würden benachteiligt und der Zweck der gesetzlichen Verfügungsbeschränkung vereitelt. Übernimmt dagegen ein bloßer Inhaber der tatsächlichen Gewalt nach Konkurseröffnung eine Baulast, so tritt eine Gläubigerbenachteiligung nicht ein, weil die Baulastübernahme keinen zur Masse gehörenden Gegenstand belastet. Die Baulast des Eigentümers verringert also unmittelbar das Vermögen, die des bloßen Inhabers der tatsächlichen Gewalt dagegen nicht. Zwischen den beiden Fällen besteht daher ein grundlegender wirtschaftlicher Unterschied, der ihre unterschiedliche Behandlung rechtfertigt.

Im Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß der Eigentümer oder Erbbauberechtigte bei Übernahme der Baulast Verfügungsbefugt sein müssen, sonstige Übernehmer dagegen nicht¹⁾.

d) Der Erklärende muß den Willen haben, eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben. Die Erklärung ist jedoch nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen (§ 116 BGB), wohl dagegen, wenn

1) An der Übernahme einer Baulast durch einen verfügungsbeschränkten sonstigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt besteht jedoch nicht immer ein öffentliches Interesse, da im Hauptfall der Verfügungsbeschränkung, dem Konkurs, der Vertragsgegner oder der Konkursverwalter das zum Besitz des Grundstücks berechtigende Recht zum Erlöschen bringen können (bei Miete und Pacht nach §§ 19 f. KO) und die Baulast daher keinen längeren Bestand verspricht.

sie nicht ernstlich gemeint war und in der Erwartung abgegeben wurde, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118 BGB). Wirksam wird die Erklärung mit dem Zugang an den Erklärungsadressaten (§ 130 Abs. 1 BGB); dies gilt auch dann, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130 Abs. 2 BGB). Diese Vorschriften lassen sich ohne weiteres auf die Baulasterklärung übertragen. Große Schwierigkeiten tauchen dagegen bei der Frage auf, ob und ggf. mit welchen Folgen eine infolge Irrtums, Drohung oder Täuschung mangelhafte Baulasterklärung angefochten werden kann. Systematisch gehört die Frage in den Abschnitt über den Untergang der Baulast; sie wird daher erst dort¹⁾ erörtert.

2. Das Erfordernis der Bestimmtheit der Baulasterklärung wurde schon oben²⁾ untersucht. Die Erklärung braucht jedoch nicht alle Einzelheiten der Verpflichtung zu bezeichnen, sondern es genügt, ähnlich wie beim Grundbuchamt, die Bezugnahme auf Bauakten und insbesondere Lagepläne. Die Baulast kann sowohl aufschiebend oder auflösend als auch bedingt oder befristet übernommen werden. Ihre Wirkung beginnt oder endet dann jeweils mit Eintritt der Bedingung bzw. des Anfangs- oder Endtermins (vgl. §§ 158 ff. BGB)³⁾. Zur Auslegung einer mehrdeutigen oder unklaren Erklärung können die zu § 133 BGB entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Bei Teilnichtigkeit gilt entgegen der Rechtslage bei Verwaltungsakten⁴⁾ § 139 BGB analog, ebenso ist unter den Voraussetzungen des § 140 BGB die Umdeutung einer nichtigen Baulast in eine rechtsgültige zulässig⁵⁾.

1) § 17 II 3 (S. 138 ff.).

2) § 6 II 5 (S. 54 f.).

3) Eine implizierte Befristung liegt immer bei der Übernahme einer Baulast durch einen bloßen Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor, weil die Wirkung der Baulast mit dem Wegfall von dessen Berechtigung ebenfalls endet.

4) Dazu Wolff I § 51 VI.

5) Dies rechtfertigt sich wie im Zivilrecht aus der Erwägung, dem Willen möglichst zur Geltung zu verhelfen.

3. Hinsichtlich der Form der Erklärung schreibt das Gesetz (außer in Baden-Württemberg) selbst ausdrücklich die Schriftform vor: die Unterschrift des Erklärenden muß entweder vor der Bauaufsichtsbehörde anerkannt werden oder öffentlich beglaubigt sein¹⁾. Das bei der Beglaubigung zu beobachtende Verfahren ergibt sich aus § 183 FGG. Fehlt die erforderliche Form, so ist die Baulasterklärung jedoch (entgegen § 125 S. 1 BGB) wirksam, da die Formvorschrift nur dem Schutz der Baubehörde dient.

4. Die Übernahme der Baulast kann sowohl höchstpersönlich, wie durch einen Vertreter erfolgen. Die Erteilung der Vollmacht geschieht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder der Behörde (§ 167 Abs. 1 BGB). Wegen der Gleichheit von Normzweck und Interessenlage sind die §§ 164 ff. BGB auf die Vertretung bei der Übernahme einer Baulast anwendbar, mit Ausnahme des § 167 Abs. 2 BGB. Entgegen dieser Vorschrift wird zu fordern sein, daß auch die Vollmacht der Form des Rechtsgeschäfts, also der öffentlichen Beglaubigung, bedarf. Im Zivilrecht ist die Formfreiheit der Bevollmächtigung deshalb tragbar, weil der Vertragsgegner bei Fehlen der behaupteten Vertretungsmacht sich an den angeblichen Bevollmächtigten halten und von ihm Schadensersatz verlangen kann (§ 179 BGB). Dies ist bei einer vollmachtslos übernommenen Baulasterklärung zwar an sich entsprechend möglich, praktisch kommt eine Schadensersatzklage jedoch in aller Regel deshalb nicht in Frage, weil der Behörde kein materiell quantifizierbarer Schaden entsteht. Die Behörde braucht also einen besonderen Schutz gegen vollmachtslose Baulastübernehmer. Dieser läßt sich am einfachsten dadurch erzielen, daß man eine öffentliche Beglaubigung auch für die Vollmachtserteilung verlangt.

1) §§ 99 II nw BauO, 104 II bln BauO, 106 II sh BauO; in Baden-Württemberg genügt eine mündliche Erklärung vor der Bau- oder Gemeindebehörde, § 108 II bw BauO.

III. Die möglichen Kausalverhältnisse

Der Eigentümer übernimmt die Baulast regelmäßig nicht ohne besondere Veranlassung, insbesondere dann nicht, wenn die Baulast den Wert des Grundstücks mindert. Wenn er sich verpflichtet, zugunsten des Nachbarn einen bestimmten Seitenstreifen nicht zu überbauen, so wird er meist mit dem Nachbarn eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Auch eine Verpflichtung zur Anlage von Stellplätzen etc. wird er nicht ohne weiteres übernehmen, ebensowenig wie etwa eine Baulast zur Duldung von Leistungen oder Anlagen. Die Übernahme der Baulast geschieht also meist nicht von ungefähr, sondern aus einem bestimmten Grund.

1. Häufig liegen, wie die angeführten Beispiele zeigen, der Baulast rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zugrunde. Solche Vereinbarungen können sowohl öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich, als auch entgeltlich wie unentgeltlich sein. Je nach der Ausgestaltung im Einzelfall handelt es sich also um vollkommen oder unvollkommen zweiseitige öffentlich-rechtliche bzw. privatrechtliche Verträge. Weiterhin kann der Baulast ein einseitiges Rechtsgeschäft zugrunde liegen. Allerdings kommt hier als einziges nur ein privatrechtliches Vermächtnis in Betracht, da es ansonsten weder im Privatrecht (mit zwei hier nicht interessierenden Ausnahmen¹⁾) noch im öffentlichen Recht (eben mit Ausnahme der Baulast selbst) eine einseitige Begründung von Verpflichtungen seitens eines Privatmannes gibt. Schließlich kann ein Kausalverhältnis auch ganz fehlen²⁾; das Gesetz setzt zur Wirksamkeit oder zum Bestand der Baulast ein Kausalverhältnis weder ausdrücklich noch stillschweigend voraus. Ein Kausalgeschäft fehlt vor allem dann, wenn der Baulastübernehmer seine eigene Begünstigung, wie etwa die Ermöglichung eines eigenen Bauvor-

1) Nach § 305 BGB können Schuldverhältnisse durch Rechtsgeschäft nur durch Vertrag begründet werden. Ausnahmen von dieser Regel sind das Stiftungsgeschäft (§§ 81 ff. BGB) und die Auslobung (§ 657 BGB).

2) A.A. Gädtke, Bauordnung S. 566.

habens, bezweckt oder wenn er z.B. aus philanthropischen Gründen sein Grundstück der Allgemeinheit als Grünfläche oder Parkanlage zur Verfügung stellt. In diesen Fällen ein zweiseitiges Kausalgeschäft, etwa einen stillschweigenden Vertrag zwischen dem Unternehmer und der Bauaufsichtsbehörde konstruieren zu wollen, wäre ebenso gekünstelt wie überflüssig.

2. Die Möglichkeit des vollständigen Fehlens eines Kausalgeschäfts beantwortet auch gleichzeitig die Frage, welchen Einfluß ursprüngliche oder nachträgliche Mängel eines etwaigen Kausalgeschäfts auf die Entstehung bzw. Wirksamkeit der Baulast haben. Da nach dem oben Gesagten das Kausalverhältnis für die Wirksamkeit der Baulast keine Rolle spielt, kann die Antwort nur lauten: gar keinen. Die Baulast ist daher rechtlich eigenständig, abstrakt. Dieses Ergebnis steht überdies nicht nur mit dem im deutschen Recht verankerten Abstraktionsprinzip im Einklang, sondern wird auch durch das Gesetz bestätigt, wonach die Baulast (nur) bei Wegfall des öffentlichen Interesses zu löschen ist. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Baulast bei Fehlerhaftigkeit des Kausalverhältnisses möglicherweise kondiziert werden kann; diese Frage betrifft aber nicht die Entstehung oder Wirksamkeit der Baulast. Sie wird daher erst bei der Erörterung der Untergangsgründe behandelt.

§ 10 Das öffentliche Interesse

I. Die Problematik

Die Bauaufsichtsbehörde muß auf die Baulast verzichten, wenn an ihr "ein öffentliches Interesse nicht mehr besteht"¹⁾. Das Gesetz sieht das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Baulast mithin als unabdingbare Voraussetzung für ihren (Fort)bestand an. Daraus folgt gleichzeitig, daß ein

1) § 99 III nw BauO; § 108 III bw BauO; § 104 III bln BauO; § 106 III sh BauO.

öffentliches Interesse von Anfang an vorliegen muß. Die Baulast kann bei seinem Fehlen nicht begründet werden, weil sie anderenfalls sofort wieder zu löschen wäre. Welcher Art das öffentliche Interesse zu sein hat - insbesondere, ob jedes öffentliche Interesse genügt, oder ob nur bestimmte öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind -, ist nicht näher bestimmt. Angesichts der grundlegenden Bedeutung dieser Voraussetzung bedarf der Begriff des öffentlichen Interesses im Sinne der Baulastvorschriften einer näheren Präzisierung.

II. Allgemeines

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist schillernd. Maßstäbe zu seiner Präzisierung sind bisher kaum entwickelt worden und lassen sich allgemein auch kaum gewinnen¹⁾. Das liegt einmal daran, daß der Begriff in verschiedenen Gesetzen in verschiedenem Zusammenhang verschiedene Bedeutung hat. Zum anderen liegt das daran, daß es unendlich viele und zudem je nach Zeitpunkt, Wirtschaftslage, Arbeitsmarkt, Weltsituation usw. ständig schwankende Interessen gibt, die die Allgemeinheit in irgendeiner Form berühren und daher möglicherweise auch ihre Interessen sind. Schließlich krankt der Begriff des öffentlichen Interesses vor allem daran, daß er nach dem ehernen sozialpsychologischen Gesetz der "unweigerlichen Identifikation von Individualinteressen mit dem Allgemeininteresse" (v. Nell-Breuing) vielfach zur Durchsetzung privater Interessen mißbraucht wird. Jedem Politiker gelingt es binnen kürzester Zeit, sich von der Identität des öffentlichen Interesses mit seinem eigenen zu überzeugen²⁾, die Forderungen der Finanzbeamten nach Besetzung freier Planstellen und Harmonisierung der Gehälter bezwecken nicht etwa eine Gehaltserhöhung und bessere Aufstiegsmöglichkeiten, sondern ausschließlich höhere Steuereinnahmen für die Allgemeinheit, und der Widerstand einiger Gartenbaubetriebe gegen die Anwendbarkeit der Bauordnung auf Treibhäuser er-

1) Vgl. zum öffentlichen Interesse Wolff I § 29 mit Nachweisen über das Schrifttum.

2) Hans Kroll, Lebenserinnerungen eines Botschafters, Köln-Berlin 1967, S. 535.

klärt sich natürlich ebenfalls nur mit deren brennender Sorge um das Gemeinwohl.

Wie wenig man den Begriff des öffentlichen Interesses in den Griff bekommen hat, beweist eindrucksvoll das Schicksal des § 70 des Aktiengesetzes von 1937, wonach der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet war, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so zu leiten, "wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der jeweilige Nutzen von Volk und Reich" es erforderten. Nicht nur erwies sich diese fromme Formel als praktisch völlig unbrauchbar, sondern sie führte auch zu Ergebnissen, die keineswegs beabsichtigt waren, da nunmehr Vorstände von Gesellschaften vereinzelt versuchten, satzungswidrige Handlungen unter Hinweis auf eine damit intendierte Förderung des öffentlichen Interesses zu rechtfertigen. Als trotzdem bei den Beratungen zum neuen Aktiengesetz vorgeschlagen wurde, die Sicherung des Gemeinwohls nicht nur normativ, sondern auch institutionell durch die Präsenz eines sogenannten Vertreters des öffentlichen Interesses in den Verwaltungsorganen der Gesellschaft zu erreichen, wurde dagegen der schlichte Einwand erhoben, Institutionen zur Sicherung des Gemeinwohls setzten voraus, daß man weiß, wie das zu wahrende Gemeinwohl inhaltlich beschaffen ist¹⁾. Dieser Einwand war durchschlagend, da niemand in der Lage war, die Kriterien des öffentlichen Interesses auch nur annähernd zu bestimmen. In dem neuen Aktiengesetz von 1965 hat man die Gemeinwohlklausel daher fallen gelassen - sicherlich nicht zum Nachteil des Gesetzes.

III. Die Arten des öffentlichen Interesses und die Kriterien für ihr Vorliegen im Einzelfall

Glücklicherweise berührt die Baulast keine politischen oder komplexe wirtschaftliche Probleme. Das erleichtert die Auslegung. Die Auswirkungen auf das Gemeinwohl lassen sich bei einer so bestimmten und begrenzten Maßnahme wie der einer

1) Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958, S. 35.

Baulastübernahme ungleich leichter feststellen, als bei einer Maßnahme im Rahmen einer Unternehmensleitung. Jedoch sind auch bei der Baulast drei Fragen zu unterscheiden:

1. Können alle oder nur bestimmte öffentliche Interessen berücksichtigt werden?
2. Welcher Art sind diese Interessen?
3. Welche sind die Kriterien dafür, ob eine Baulast im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegt?

1. Einen geeigneten Anknüpfungspunkt für die Lösung der ersten Frage bieten diejenigen Stellen der Baugesetze, an denen die Zulässigkeit einer Maßnahme von ihrer Förderung des Wohls der Allgemeinheit oder doch zumindest von ihrer Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen abhängig gemacht wird. In Betracht kommen vor allem die §§ 1 IV, 31 III, 35 II BBauG und die Dispensvorschriften der Landesbauordnungen. Die den Begriffen "öffentliche Belange", "Gemeinwohl", "Interessen der Allgemeinheit" dort beigelegte Bedeutung ist im Zweifel auch für die Baulast maßgebend.

Besonders aufschlußreich ist in dieser Hinsicht § 1 Abs. 4 BBauG, der die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Bauleitplans normiert. Danach haben sich die Pläne nach den "sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Bevölkerung, ihrer Sicherheit und Gesundheit" zu richten, wobei "die öffentlichen und die privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen" sind. Bauleitpläne haben also nicht nur bestimmte, sondern alle Interessen der Gefahrenabwehr sowie der allgemeinen Wohlfahrt zu berücksichtigen. Diese Feststellung hat für die Baulast deshalb unmittelbare Bedeutung, weil die Bauleitpläne nichts anderes sind als eine Summe von Festsetzungen mit daraus resultierenden Verpflichtungen, von denen sich die Baulasten, wie bereits erwähnt¹⁾, weder inhaltlich noch qualitativ unterscheiden. Vernünftigerweise muß die Baulast daher denselben öffentlichen Interessen wie ein Bauleitplan dienen können. Hinzu kommt, daß die Begriffe

1) § 8 II 2 b (S. 85 f.).

der öffentlichen Belange, des Gemeinwohls und des öffentlichen Interesses in den übrigen gesetzlichen Bestimmungen, und zwar sowohl in § 35 Abs. 2 BBauG wie in den bundes- wie landesrechtlichen Dispensvorschriften jeweils im weitesten Sinne ausgelegt werden¹⁾. In allen von diesen Vorschriften geregelten Fällen sind jeweils sämtliche einschlägigen Allgemeininteressen zu berücksichtigen. Zusätzlich sprechen also auch systematische Gründe für eine extensive Auslegung. Der Begriff des öffentlichen Interesses im Sinne der Baulastvorschriften umfaßt somit nicht nur bestimmte, sondern alle Allgemeininteressen.

2. Welcher Art diese Allgemeininteressen sind, läßt sich nur annähernd bestimmen. Die wichtigsten zählt das Gesetz selbst auf, nämlich außer der Gewährleistung einer geordneten baulichen Entwicklung die sozialen und kulturellen Bedürfnisse, die Sicherheit, Gesundheit und Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, die Eigentumsbildung im Wohnungswesen, die Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge, die Bedürfnisse der Wirtschaft, der Landwirtschaft, der Jugendförderung, des Verkehrs und der Verteidigung, der Schutz der Natur und Landschaft, der Wasserwirtschaft, die Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes, die Verbesserung der Agrarstruktur und die Verhinderung von unwirtschaftlichen Aufwendungen der Gemeinde²⁾. Wie die Beispiele zeigen, können die öffentlichen Interessen verschiedenster, in beschränktem Umfang sogar auch fiskalischer Natur sein³⁾. Da die Aufzählung nicht erschöpfend ist, sind außer den genannten ganz allgemein alle solchen Interessen als öffentliche anzusehen, die der Gefahrenabwehr oder der Förderung der allgemeinen Wohlfahrt dienen.

1) Vgl. BVerwG, DöV 1957/185; OVG Lüneburg, OVG 16/477 = DVBl. 1961/477; Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 135.

2) §§ 1 IV und V BBauG, 35 III BBauG.

3) Entgegen OVG Münster, OVG 13/69, sind fiskalische Gesichtspunkte also nicht notwendigerweise neutral, so richtig VGH Stuttgart, BRS 54/165; Scheerbarth § 135 (S. 342).

Daneben kann an der Baulast noch ein spezifisches, von den anderen abweichendes Interesse bestehen. Ein gutes Beispiel bietet der in der Praxis häufigste Fall der Bauwichbaulast. Wenn ein Eigentümer sich zugunsten seines Nachbarn verpflichtet, einen bestimmten Seitenstreifen seines Grundstücks von der Bebauung freizuhalten und auch bei einem eigenen Bauvorhaben nicht auf den Bauwich anzurechnen, welches öffentliche Interesse wird dann gefördert? Die Antwort hängt davon ab, ob die Baulast das Vorhaben in diesem Fall überhaupt erst ermöglicht oder nicht. Ermöglicht sie es erst, so liegt das öffentliche Interesse u.a. darin, daß knappes Bauland zweckmäßig genutzt wird, obwohl die Voraussetzungen dafür auf dem Baugrundstück selbst nicht gegeben sind. Ist die Baulast dagegen (für die Bebaubarkeit des Grundstücks) nicht unbedingt erforderlich - der Bauherr hätte auch in einem größeren Abstand bauen können, er sieht nur einen näheren Abstand vor -, so berührt sie scheinbar nur private Interessen. Baurechtlich ist es nämlich regelmäßig gleichgültig, ob die Bauvorhaben des Eigentümers und des Nachbarn durch die Baulast nunmehr um einige Meter nach rechts oder links verschoben werden, sofern nur der gesetzlich geforderte seitliche Mindestabstand eingehalten wird. Ebenso wenig dient die Bauwichbaulast kulturellen, sozialen, wirtschaftlichen oder sonstigen Interessen der Allgemeinheit. Ihre Wirkung erschöpft sich vielmehr ausschließlich in einer Begünstigung des Nachbarn insofern, als dieser nunmehr näher an der Grundstücksgrenze bauen darf als sonst. Ähnlich verhält es sich mit einer Reihe anderer Baulasten: ob der Eigentümer zugunsten des Nachbarn zur Anlegung von Stellplätzen, der Unterhaltung einer Brandmauer oder Gestaltung des Seitenanbaues verpflichtet ist, ist für die Öffentlichkeit häufig belanglos; oft dient die Baulast lediglich dem Vorteil des Begünstigten.

Auch diese Arten von Baulasten hat aber der Gesetzgeber bei dem Erlaß der Baulastvorschriften im Auge gehabt und als im öffentlichen Interesse liegend angesehen. Der Gesetzgeber bejaht ein öffentliches Interesse an einer Baulast also auch dann, wenn sie lediglich einen Privatmann begünstigt. Gleich-

wohl sind das öffentliche Interesse und das private Interesse des Begünstigten in diesen Fällen keineswegs identisch. Das öffentliche Interesse liegt vielmehr auf einer anderen Ebene. Nicht der Vorteil des Begünstigten ist das Entscheidende - dieser ist gerade belanglos -, sondern die Tatsache, daß das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und des geringstmöglichen Eingriffs gewahrt wird. Wie schon oben¹⁾ ausgeführt wurde, ermöglicht die Baulast den Beteiligten, die Auswirkungen der baurechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu mildern ohne die Verwirklichung der vom Gesetz für wesentlich erachteten öffentlichen Interessen zu beeinträchtigen. Auf diese Weise wird mit Hilfe der Baulast eine zwar vom Gesetz abweichende, den gesetzlichen Zielen aber ebenso entsprechende, weniger einschneidende Alternative geschaffen. Dieser Umstand als solcher stellt ein vitales öffentliches Interesse dar. Das Gesetz will den Beteiligten die Möglichkeit geben - soweit mit den gesetzlichen Zielen vereinbar -, von den zwingenden gesetzlichen Vorschriften abzuweichen. Sie sollen, wenn auch in sehr beschränktem Umfang, ihre Angelegenheiten selbst regeln können. Das Gesetz räumt ihnen damit eine gewisse Privatautonomie ein. An Baulasten, die ausschließlich einen Privatmann begünstigen, besteht das öffentliche Interesse also darin, daß sie das Eigentum schützen und die Freiheit der Wahl und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewährleisten.

3. Ob im Einzelfall eine Baulast im öffentlichen Interesse liegt, hängt von mehreren Faktoren ab, insbesondere von ihrem Inhalt und Zweck, ihrer Dauer und Sicherheit und davon, wer sie übernimmt. Bei der Prüfung des öffentlichen Interesses unterscheidet man zweckmäßigerweise zunächst, ob die Baulast die Begünstigung der Allgemeinheit (Bevölkerung, Gemeinde, öffentliche Unternehmen) oder einer Privatperson (des Baulastübernehmers selbst, des Nachbarn oder einer sonstigen Privatperson) bezweckt. Bezweckt sie eine Begünstigung der Allgemeinheit, so ist weiter zu unterscheiden, ob die Baulast unmittelbar als solche das Wohl der Allgemeinheit för-

1) §. 4 V 3 (S. 34 f.).

dert (der Baulastübernehmer stellt sein Grundstück als Grünfläche oder Park zur Verfügung oder duldet einen Weg), oder ob sie die Grundlage für Maßnahmen zum Wohl der Allgemeinheit (z.B. der Errichtung von Leitungsmasten, Verlegung von Leitungen, Herstellung von Anlagen) darstellt. Bei einer unmittelbaren Begünstigung bedeutet die Baulast lediglich einen Vorteil und wird daher, sofern nicht im Einzelfall spezielle Gründe entgegenstehen, fast immer im öffentlichen Interesse liegen, auch wenn sie auflösend bedingt oder aus anderen Gründen unsicher ist. Bei einer mittelbaren Begünstigung dagegen ist der dauerhafte Bestand der Baulast ausschlaggebend für ihren Wert, da bei ihrem Wegfall der Eigentümer oder sonstige Berechtigte auf Beseitigung der errichteten Anlagen usw. klagen kann¹⁾. In diesem Fall entspricht daher in aller Regel nur eine vom Eigentümer oder Erbbauberechtigten übernommene unbedingte und unbefristete, rangmäßig sichere²⁾ Baulast dem öffentlichen Interesse. Bezweckt die Baulast die Begünstigung eines Privatmannes, so ist zu prüfen, ob die Baulast entweder (auch) einem unmittelbaren öffentlichen Interesse oder aber der Wahrung der Verhältnismäßigkeit dient. Meist wird das letztere der Fall sein und die Baulast außerdem die Grundlage für dauernde Maßnahmen auf ein Bauvorhaben bilden. Dann ist weiter zu beachten: Fiele die Baulast nachträglich weg, so würde das Bauvorhaben materiell illegal, könnte aber wegen seiner formalen Legalität nicht beseitigt werden. Es träte damit ein baurechtswidriger Zustand ein, gegen den die Bauaufsichtsbehörde machtlos wäre. Daher muß, soweit eine Baulast die Grundlage für dauernde Maßnahmen in bezug auf ein Bauvorhaben bildet, ihr Bestand regelmäßig mindestens für die Lebensdauer dieses Bauvorhabens gewährleistet sein.

-
- 1) Der Anspruch auf Beseitigung der das Eigentum beeinträchtigenden Anlage ergibt sich für den Eigentümer aus § 1004 BGB, für den Besitzer aus § 862 BGB, da nach Wegfall der Baulast eine Duldungspflicht nicht mehr besteht. Vgl. statt aller Erman-Hefermehl § 1004 Anm. 2 und Erman-Westermann § 862 Anm. 1 und 3.
 - 2) Zur Frage des Prioritätsprinzips und des Ranges der Baulast vgl. unten S. 122 ff. und 125 ff.

§ 11 Die Eintragung

I. Die Problematik

Die gegenüber der Bauaufsichtsbehörde abgegebene Erklärung "ist" in das Baulastenverzeichnis einzutragen¹⁾. Hinsichtlich dieser gesetzlichen Regelung erheben sich sechs Fragen:

- 1) Genügt zur Entstehung der Baulast allein die Erklärung des Baulastenübernehmers oder bedarf es einer Annahmeerklärung seitens der Bauaufsichtsbehörde?
- 2) Steht der Behörde bei Vorliegen aller Voraussetzungen ein Ermessen hinsichtlich der Eintragung zu oder muß sie eintragen?
- 3) Hat sie, falls das Vorliegen einer Voraussetzung zweifelhaft ist, einen Beurteilungsspielraum?²⁾
- 4) Müssen Dritte, insbesondere Gläubiger, denen an dem belasteten Grundstück Rechte entstehen, der Eintragung zustimmen?
- 5) Hat die Eintragung konstitutive oder deklaratorische Wirkung?
- 6) Welche Rechtsmittel bestehen, falls die Behörde sich weigert, die Baulast so wie beantragt einzutragen?

II. Einseitiges Rechtsgeschäft oder öffentlich-rechtlicher Vertrag

In der Literatur wird vereinzelt die Meinung vertreten, die Baulasterklärung sei annahmebedürftig, die Baulast komme da-

1) § 100 I nw BauO; § 109 I bw BauO; § 105 I bln BauO; § 107 I sh BauO.

2) Die Fragen 2) und 3) werden in der Literatur nicht genügend unterschieden, sondern lediglich behauptet, die Bauaufsichtsbehörde habe hinsichtlich der Entgegennahme und Eintragung der Baulast ein Ermessen (Gädtker, Bauordnung § 99 I S. 566, und Seyfried, BWVBl. 66/150) bzw. kein Ermessen, es sei denn, die Baulast beruhe auf einer Kannvorschrift (Scheerbarth § 161 (S. 418 oben)).

her nur zustande, wenn die Bauaufsichtsbehörde ihrerseits eine Annahmeerklärung abgibt¹⁾. Zur Begründung wird angeführt, die einseitige Begründung von Schuldverhältnissen sei dem System des öffentlichen Rechts fremd. Nach dieser Ansicht entsteht die Baulast also nicht allein durch die Erklärung des Baulastübernehmers, sondern durch dessen vertragliche Einigung mit der Bauaufsichtsbehörde.

Gegen diese Auffassung lassen sich jedoch eine Reihe von Gegenargumenten ins Feld führen. Zunächst einmal findet sich für den Vertragscharakter der Baulast weder im früheren noch im geltenden Recht eine Stütze. Sowohl früher wie heute hieß es immer nur, daß der Eigentümer durch seine Erklärung die Verpflichtung übernehme; von einer Mitwirkung der Baubehörde war (abgesehen von der Eintragung) niemals die Rede. Geschichte und Wortlaut des Gesetzes sprechen dennoch gegen den angeblichen Vertragscharakter der Baulast. Weiterhin wäre die Annahme eines Vertrages nur sinnvoll, wenn bei der Baulastübernahme ein für den Abschluß von Verträgen typische Situation vorläge, wenn nämlich beide Parteien den Vertrag aushandeln könnten. Das ist aber nicht der Fall. Auf den Inhalt des angeblichen Vertrages hat die Bauaufsichtsbehörde keinen Einfluß, der Inhalt der Baulasterklärung steht vielmehr im Belieben des Übernehmers. Ebensowenig hängt es vom freien Willen der Bauaufsichtsbehörde ab, ob sie abschließen, d.h. die angebliche Offerte annehmen muß²⁾ oder nicht; zudem ist diese Frage ohnehin unabhängig von der Frage zu entscheiden, ob die Baulast durch ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft entsteht. Auch dieser Gesichtspunkt spricht gegen die obige Auffassung. Ferner wäre mit der Konstruktion der Baulast als Vertrag nicht nur nichts gewonnen, sondern sie würde sich im Gegenteil nachteilig auswirken, denn die Bauaufsichtsbehörde müßte die Baulast dann folglich auch in jeder anderen Beziehung wie einen Vertrag behandeln.

1) Kretzschmar, PrVBl. 39/17 ff. unter Berufung auf W. Jellinek.

2) Dazu unten II und IV.

Sie könnte deshalb die Baulast nicht wie eine sonstige polizeiliche Verpflichtung durch Verfügung durchsetzen, sondern wäre gezwungen, gegen den Verpflichteten Leistungsklage zu erheben. Eine solche Ungünstigerstellung der Behörde war aber vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigt.

Schließlich erscheint auch das einzige zugunsten des Vertragscharakters der Baulast vorgebrachte Argument wenig stichhaltig. Richtig ist zwar, daß im öffentlichen Recht Schuldverhältnisse regelmäßig nur durch Hoheitsakt begründet werden. An diese Regel ist der Gesetzgeber aber nicht gebunden, sondern nur an das Verfassungsrecht. Der Gesetzgeber war also keineswegs gehindert, die Baulast als einseitiges Rechtsgeschäft auszugestalten. Allenfalls spricht eine gewisse Vermutung dafür, daß er sie in Konformität mit dem vorgegebenen Rechtssystem hat ausgestalten wollen. Diese Vermutung ist jedoch auf Grund der obigen Argumente widerlegt. Die Baulast setzt somit nur eine einseitige Baulasterklärung¹⁾ voraus, einer besonderen Annahmeerklärung seitens der Bauaufsichtsbehörde bedarf es nicht.

III. Obligatorische Eintragung oder Ermessen

Unabhängig hiervon bleibt die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörde bei Vorliegen aller Voraussetzungen die Baulast eintragen muß, oder ob ihr ein Ermessen zusteht. Im letzteren Fall hätte die Bauaufsichtsbehörde eine gewisse Freiheit; nach pflichtgemäßer Abwägung aller Umstände könnte sie entscheiden, ob sie die Baulast einträgt oder nicht.

Indessen: Abgesehen davon, daß eine solche Auslegung dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht, was soll dann bei der Baulast noch abgewogen werden? Wenn feststeht, daß die Baulast im öffentlichen Interesse liegt und wenn damit weiter feststeht, daß sie jedenfalls nur nützen, nicht aber schaden kann - bei Wegfall des öffentlichen Interesses läßt

1) Gädtke, Bauordnung S. 566; Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 161 S. 417; Dittus, Baurecht S. 271, und Gerne, HdGWB I S. 210; Füsslein, DVBl. 65/271, auch wohl Metz, Verwaltungspraxis 1966 S. 131 und für das frühere Recht ausführlich Hirsch, Baulasten S. 305 ff.

sie sich jederzeit löschen -, sind weitere Gesichtspunkte, die die Bauaufsichtsbehörde noch berücksichtigen könnte, nicht ersichtlich. Deshalb müßte man, selbst wenn man der Behörde ein Ermessen einräumen wollte, zu einer "Ermessensschumpfung"¹⁾ gelangen, die im Ergebnis ebenfalls zu einem Eintragungszwang führen würde. Praktische Bedeutung hat der Streit daher ohnehin nicht. Gleichwohl ist für das geltende Recht festzustellen, daß der Bauaufsichtsbehörde bei Vorliegen aller Voraussetzungen kein Ermessen zusteht.

IV. Volle Nachprüfbarkeit oder Beurteilungsspielraum

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörde bei Prüfung der Voraussetzungen der Baulast einen Beurteilungsspielraum hat, oder ob ihre Entscheidung in vollem Umfang der richterlichen Nachprüfung unterliegt. Hierbei ist zu unterscheiden: Soweit es sich um die subjektiven und objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen der Baulasterklärung handelt, wie Geschäftsfähigkeit, zulässiger Inhalt, Form usw., ergeben sich keine Probleme. Diese Voraussetzungen sind wie auch sonst voll nachprüfbar. Problematisch ist allein, ob ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des öffentlichen Interesses besteht.

Mangels irgendwelcher spezifischer Anhaltspunkte muß diese Frage unter Rückgriff auf den gegenwärtigen Stand der Lehre vom Beurteilungsspielraum²⁾ entschieden werden.

1. Die Rechtsprechung hat die Möglichkeit eines Beurteilungsspielraums bei unbestimmten Rechtsbegriffen zwar grundsätzlich anerkannt³⁾, steht aber praktisch der Annahme eines

1) Wolff I § 31 II e 2 mwN.

2) Siehe die neueste zusammenfassende Darstellung dazu von Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968.

3) BVerwGE 5/162; 14/40; 19/346.

Beurteilungsspielraums ziemlich zurückhaltend gegenüber¹⁾. Ob ein Beurteilungsspielraum besteht, ist nach ihr für jedes Rechtsgebiet besonders zu entscheiden; die Entscheidung hängt jeweils davon ab, ob in das zur Anwendung kommende Gesetz "hineingelesen" werden kann, daß die Behörde über das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nach pflichtgemäßer Beurteilung entscheiden dürfe²⁾. Im Bereich der Eingriffsverwaltung soll dies nur ganz ausnahmsweise der Fall sein.

2. Das Schrifttum lehnt einen Beurteilungsspielraum teils völlig³⁾ oder doch weitgehend⁴⁾ ab, teils befürwortet es die Ausdehnung eines Beurteilungsspielraumes⁵⁾. Die befürwortende Meinung weist darauf hin, daß unbestimmte Rechtsbegriffe einen "Begriffskern" und einen "Begriffshof"⁶⁾ aufweisen, und daß man häufig geteilter Meinung sein kann, ob ein Fall noch in den Bereich des Begriffshofs fällt. Wenn sich aber

1) Abgelehnt wurde ein Beurteilungsspielraum z.B. bei den Begriffen "nötig" iSd § 9 III FSTG (BVerwGE 16/129), "nicht zu erwartende" Verwendungsfähigkeit für den Polizeidienst (BVerwGE 16/285). Ernstliche Gefährdung der militärischen Anordnung (BVerwGE 17/5), Bedürfnis für die Schließung einer Schule (BVerwGE 18/40), Zuverlässigkeit im Gewerbebereich (BVerwGE 18/305), künstlerische hochstehende Leistung im Vergnügungssteuerrecht (BVerwGE 21/184), Eignung zur Jugendgefährdung eines Buches (BVerwGE 23/112), des Prädikats "wertvoll" bei der Bewertung eines Films (BVerwGE 23/194), Denkmalswidrigkeit eines Gebäudes (BVerwGE 24/64), Unwürdigkeit zur Führung eines akademischen Grades (BayVGh DVBl. 67/89).

2) BVerwGE 5/162.

3) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, 177-221(213); Czermak, NJW 61/1905; JZ 63/276; DVBl. 66/366.

4) Kellner, NJW 66/857; Jaeger, DöV 66/779.

5) Wolff I, 6. Aufl., § 31 I c 2 (neuerdings in der 7. Auflage einschränkend, § 31 I c 3 S. 166 f.); Bachof, JZ 55/97, 62/704, 66/441; Jesch, AöR 1957 S. 163-249; Ule, VwGO § 114 II und Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955, Neudruck 1962, S. 303-330; vgl. auch Menger-Erichsen, VerwArch. 1967/73.

6) So Jesch, a.a.O., unter Verwendung der Terminologie Hecks (AcP 112/173) und im Anschluß an ihn Wolff a.a.O. S. 165.

wegen der Unschärfe des Begriffes nicht ohne eine notwendigerweise subjektive Wertung sagen lasse, ob der Begriff noch erfüllt sei oder nicht, so sei sowohl die eine wie die andere Meinung vertretbar. Wollte man in einem derartigen Fall eine volle richterliche Nachprüfung zulassen, so würde das möglicherweise nur dazu führen, daß das Gericht seine vertretbare Meinung anstelle der ebenso vertretbaren Meinung der Behörde setzte. Das sei aber weder ökonomisch noch diene es der Rechtssicherheit; in diesen Fällen solle der Behörde daher ein gewisser Spielraum eingeräumt und ihre Entscheidung nur auf die Überschreitung dieses Spielraumes hin überprüfbar sein.

3. Auf Grund dieser naturgemäß nicht sonderlich präzisen und zudem uneinheitlichen Lehren läßt eine eindeutige Antwort, ob der Bauaufsichtsbehörde hinsichtlich des Vorliegens eines öffentlichen Interesses ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, zwar nicht geben. Ob in das Gesetz "hineingelesen werden" kann, daß die Behörde über das Vorliegen oder Nichtvorliegen des öffentlichen Interesses nach pflichtgemäßer Beurteilung entscheiden darf, ist gerade fraglich. Die Formel der Rechtsprechung hilft also nicht viel weiter. Jedoch ergeben sich andere wesentliche Auslegungsgesichtspunkte. Besondere Beachtung verdient vor allem der Hinweis, daß im Bereich der Eingriffsverwaltung ein Beurteilungsspielraum nur ganz ausnahmsweise anzunehmen ist. Zwar handelt es sich bei der Zurückweisung einer Baulast nicht um Eingriffsverwaltung im technischen Sinn, denn unmittelbar bewirkt sie nur, daß der Unternehmer gerade nicht verpflichtet wird. Ein echter Eingriff in seine Rechte liegt also nicht vor. Andererseits aber hat die Zurückweisung der Baulast doch zur Folge, daß der durch die Baulast Begünstigte, sei es der Unternehmer selbst oder ein anderer, benachteiligt wird, indem der für ihn ungünstige bisherige Zustand aufrechterhalten bleibt. Insofern hat sie eine belastende Wirkung. Das liefert ein Argument gegen einen Beurteilungsspielraum der Behörde. Weiter fragt sich, welche Notwendigkeit für die

Annahme eines Beurteilungsspielraums bestehen soll. Ob ein öffentliches Interesse an der Baulast vorliegt oder nicht, ist in den in der Praxis möglicherweise auftauchenden Streitfällen in aller Regel eindeutig. Die Feststellung, ob der zu beurteilende Sachverhalt noch in den "Begriffshof" fällt, läßt sich daher meist mühelos treffen. In diesen Fällen fehlt es an einem Bedürfnis für einen Beurteilungsspielraum, denn es gibt ohnehin immer nur eine und nicht mehrere vertretbare Meinungen. Lediglich in Ausnahmefällen wird die Sachlage so komplex sein, daß weder eine positive noch eine negative Entscheidung über das Vorliegen des öffentlichen Interesses mit annähernder Sicherheit als richtig oder falsch bezeichnet werden kann. Diese - im übrigen bei jedem unbestimmten Rechtsbegriff auftauchenden Ausnahmefälle - rechtfertigen es jedoch nicht, der Behörde generell einen Beurteilungsspielraum einzuräumen.

Ferner kommt noch die Behandlung sonstiger vergleichbarer Fälle im Baurecht hinzu. Wo immer das Gesetz, wie z.B. in den §§ 24 Abs. 2, 77 Abs. 1, 87 Abs. 1, 116 Abs. 1 BBauG, die unbestimmten Rechtsbegriffe "öffentliche Belange" oder "Wohl der Allgemeinheit" verwendet wird, werden diese allgemein für in vollem Umfang nachprüfbar gehalten¹⁾. In diesen Fällen ist aber die Feststellung, welche konkreten öffentlichen Interessen in Betracht kommen und ob sie verletzt bzw. mit einer bestimmten Maßnahme vereinbar sind oder ob sie eine bestimmte Maßnahme erfordern, ungleich schwieriger als bei der Baulast. Wenn aber selbst in solchen Fällen, in denen die Annahme eines Beurteilungsspielraums sehr viel eher gerechtfertigt wäre, ein Beurteilungsspielraum abgelehnt wird, so muß das bei der Baulast erst recht der Fall sein. Der Bauaufsichtsbehörde steht daher bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses im Sinne der Baulastenvorschriften kein Ermessen zu; ihre jeweilige Entscheidung ist in vollem

1) Heitzer-Oestreicher § 24 Anm. 2 b; § 35 Anm. 4; § 77 Anm. 1; § 87 Anm. 2 a; § 116 Anm. 2 a; Schütz-Frohberg § 24 Anm. 2; § 35 Anm. 2; § 77 Anm. 1; § 87 Anm. 7.

Umfang¹⁾ richterlich nachprüfbar.

V. Zustimmungserfordernisse

In den meisten früheren Entwürfen war vor der Eintragung die vorherige Zustimmung oder zumindest ein Einspruchsrecht derjenigen Gläubiger vorgesehen, deren Rechte an dem zu belastenden Grundstück durch die Baulast möglicherweise beeinträchtigt oder gefährdet wurden²⁾. Obwohl das geltende Recht hierüber nichts aussagt, wird die Zustimmung der Gläubiger auch heute noch überwiegend für erforderlich³⁾ oder zumindest wünschenswert⁴⁾ gehalten, jeweils mit der Begründung, die zeitlich früheren Gläubiger dürften durch die spätere Baulast nicht geschädigt werden. Dabei wird unterstellt, daß die Baulast den zivilen Rechten vorgeht und diese daher beeinträchtigen kann. Diese Unterstellung ist jedoch, wie unten⁵⁾ nachgewiesen wird, unzutreffend. Damit entfällt die Basis für etwaige Zustimmungserfordernisse. Zur Eintragung der Baulast ist die Zustimmung von Grundstücksgläubigern deshalb nicht erforderlich.

VI. Die Wirkung der Eintragung

1. Nach einhelliger Meinung⁶⁾ hat die Eintragung der Baulast in das Baulastenverzeichnis deklaratorische Wirkung,

-
- 1) Eine Einschränkung wird allenfalls dann zu machen sein, wenn das Vorliegen des öffentlichen Interesses von Planungen oder Erwartungen der Behörde abhängt, vgl. Wolff I § 31 c 4 .
 - 2) §§ 6 ff. des Entwurfs von 1917, §§ 8 ff. des Entwurfs von 1923, §§ 64 ff. des Entwurfs von 1925, §§ 70 ff. des Entwurfs von 1928, § 246 II des Initiativentwurfs von 1953, § 237 des Entwurfs von 1956.
 - 3) Dittus, Baurecht S. 272; Gerne, HdGWB I S. 211.
 - 4) Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 161 Fn. 471; Fehtrup, DVBl. 63/614; Füsslein, DVBl. 65/273.
 - 5) Siehe unten § 15 II, III (S. 122 ff. und S. 125 ff.).
 - 6) Gädtke, Bauordnung S. 566; Schlez, Landesbauordnung § 10 Rdn. 3; Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 162 S. 419; Fehtrup, DVBl. 63/614; Füsslein, DVBl. 65/271; Willigmann, Das Grundeigentum 1967 S. 120.

d.h. die Eintragung verlautbart lediglich das bereits entstandene Recht. Diese Folge wird sowohl aus dem Gesetzeswortlaut wie aus dem in den Materialien zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers hergeleitet. Beide Gründe sind in der Tat überzeugend. Das Gesetz behandelt zunächst den Begriff und die Entstehung der Baulast und ordnet erst dann in einem getrennten Paragraphen die Eintragung der Baulast an, im Gegensatz etwa zum Zivilrecht, wo der doppelaktige Entstehungstatbestand (Einigung und Eintragung) in demselben Satz desselben Paragraphen¹⁾ normiert wird. Ebenso geht aus den Materialien der Wille des Gesetzgebers zu einer bloß deklaratorischen Eintragung unzweideutig hervor²⁾. Für das geltende Recht kann an der bloß deklaratorischen Eintragung daher kein Zweifel bestehen.

2. Besonders plausibel erscheint diese Regelung allerdings nicht. Erstens war in den früheren Gesetzen³⁾ und Entwürfen⁴⁾ die Eintragung jeweils konstitutiv bzw. verlieh der übernommenen Verpflichtung erst den Charakter einer öffentlichen Last. Zweitens muß die Baulast ohnehin eingetragen werden, und drittens hätte infolge ihrer Ähnlichkeit mit einer zivilrechtlichen Dienstbarkeit ein doppelaktiger Entstehungstatbestand nahegelegen. Vor allem aber fragt sich, welchen Vorteil eine deklaratorische Eintragung haben soll. Sicher ist zunächst, daß bei einer bloß deklaratorischen Eintragung die Feststellung des Entstehungszeitpunktes der Baulast erschwert ist. Sicher ist weiter, daß der jeweils Begünstigte dann auf Grund der Baulast auch ohne Eintragung - also trotz fehlender Publizität - Ansprüche (z.B. auf Erteilung einer

1) § 873 I BGB.

2) Begründung zur Musterbauordnung a.a.O. S. 145.

3) § 27 I badOrtsSTG und Art. 99 III wü BauO ausdrücklich, in Sachsen je nach der Entscheidung des Ortsgesetzgebers, § 2 IV sächsBauG.

4) Z.B. § 1 des Entwurfs von 1917, § 1 des Entwurfs von 1923, § 58 des Entwurfs von 1925, § 64 des Entwurfs von 1928, § 236 des Entwurfs von 1956.

Baugenehmigung) geltend machen kann. Und sicher ist ferner, daß im Falle der Nichteintragung ein gutgläubiger Erwerber des Grundstücks die Bauaufsichtsbehörde nach § 839 BGB iVm Art. 34 GG wegen schuldhafter Verletzung der (auch) ihm gegenüber obliegenden Amtspflicht zur Eintragung der Baulast auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann¹⁾. Alles dieses sind evidente Nachteile, die bei einer konstitutiven Eintragung vermieden würden.

Die einzigen Vorteile der deklaratorischen Eintragung bestehen demgegenüber lediglich darin, daß die Baulast zeitlich etwas eher entsteht und auch dann, wenn die Eintragung später aus irgendwelchen Gründen unterbleibt, auf jeden Fall wirksam ist. Diese Vorteile sind jedoch geringfügig. Handelt es sich um eine in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einfach liegende Baulast, so wird sie in der Praxis regelmäßig sofort eingetragen; der Zeitgewinn ist also minimal und wirkt sich überhaupt nicht aus. Handelt es sich dagegen um eine schwierigere Baulast, deren Voraussetzungen vor der Eintragung noch überprüft werden müssen, so ist sie, wenn sich ihre Rechtswirksamkeit später herausstellt, schon von Anfang an wirksam gewesen. Dasselbe Ergebnis ließe sich indessen auch bei konstitutiver Eintragung erreichen, wenn man der Behörde bei derartigen Baulasten gestattete, rangwahrende Eintragungsvormerkungen in das Baulastenverzeichnis einzutragen. Nur wenn die Bauaufsichtsbehörde die Eintragung vergißt, bietet die bloß deklaratorische Wirkung

1) Zweifelnd Willigmann, Das Grundeigentum 1967 S. 120. Es ließe sich allenfalls vertreten, daß der Rechtsnachfolger das Grundstück bei Gutgläubigkeit lastenfrei erwirbt (§ 892 BGB analog), die nicht eingetragene Baulast gegenüber einem gutgläubigen Rechtsnachfolger also nicht wirkt. Diese Ansicht würde zwar die Nachteile einer Schadensersatzklage vermeiden, andererseits aber die Baulast in diesen Fällen wirkungslos machen. Sie stünde auch sowohl mit dem Gesetz wie mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts in Widerspruch. Nach dem Gesetz wirkt jede, also auch die nicht eingetragene Baulast gegen den Rechtsnachfolger und im Verwaltungsrecht gibt es hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Belastungen keinen gutgläubig lastenfreien Erwerb (vgl. Wolff I § 57 II b 3 bezüglich der Öffentlichkeithkeit einer Sache).

einer Eintragung einen echten Vorteil: hier wird tatsächlich das durch die Baulast gesicherte öffentliche Interesse trotz der Nichteintragung geschützt, wenn auch nur um den Preis eines Schadensersatzanspruches wegen Amtspflichtverletzung¹⁾. Ob dieser einzige "Vorteil", zumal in einem höchst seltenen Ausnahmefall, die gegenwärtige Regelung rechtfertigt, erscheint sehr fraglich; de lege ferenda dürfte die konstitutive Wirkung der Eintragung vorzuziehen sein.

VII. Die Rechtsmittel bei Eintragungsverweigerung

Wenn sich die Bauaufsichtsbehörde weigert, die Baulast einzutragen, muß sie auf Eintragung verklagt werden. Die richtige Klageart dafür ist die schlichte Leistungsklage²⁾, da nicht ein Verwaltungsakt³⁾, eine Regelung, sondern ein schlichtes Verwaltungsrechtshandeln begehrt wird. Hinsichtlich der Klagebefugnis und des Rechtsschutzinteresses ist zu unterscheiden, zu wessen Gunsten und auf Grund welchen Kausalverhältnisses die Baulast übernommen wurde. Begünstigt sie den Übernehmer selbst, so sind dessen Klagebefugnis und Rechtsschutzinteresse ohne weiteres gegeben. Begünstigt sie einen Dritten, so kann seine (des Übernehmers) Klagebefugnis und sein Rechtsschutzinteresse zweifelhaft sein, da die Ablehnung der Eintra-

-
- 1) Andererseits gehört es aber auch zu den öffentlichen Interessen, Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Die Förderung eines bestimmten öffentlichen Interesses wird also durch die Verletzung eines anderen öffentlichen Interesses erkaufft.
 - 2) Die Leistungsklage ist in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht ausdrücklich geregelt, ihre Zulässigkeit geht aber aus den §§ 43 II, 111, 113 III, 191 I VwGO hervor und ist allgemein anerkannt (vgl. BVerwGE 10/274; OVG Münster, DöV 61/469 und DVBl. 67/54; OVG Hamburg, DVBl. 67/68; Wolff III § 172 II; Rautenberg-Voigt, DöV 64/259; Holland 65/410; Hegel, DöV 65/413; zur Abgrenzung von der Verpflichtungsklage s. insbes. OVG Münster (1) a.a.O.; Holland a.a.O. und Menger VerwArch. 1960/159).
 - 3) A.A. Füsslein, DVBl. 65/271 mit der Begründung, die Eintragung verschaffe der Baulast "erst den vollen wirtschaftlichen Wert, einmal durch die Publizierung, zum anderen durch die in der Eintragung liegende Erklärung der Behörde, daß eine wirksame Baulast besteht". Das trifft jedoch nicht zu; bei bloß deklaratorischer Eintragung hat die Baulast durchaus schon ihren "vollen wirtschaftlichen Wert" und die Verlautbarung eines bestehenden Rechts ist gerade keine Regelung (vgl. Wolff I § 46 V).

gung den Unternehmer nicht "unmittelbar in eigenen Rechten"¹⁾ verletzt; jedoch wird man ein Rechtsschutzinteresse zumindest dann bejahen müssen, wenn er auf Grund eines Vertrages zur Übernahme der Baulast verpflichtet war. Der Begünstigte selbst hat dagegen in diesen Fällen immer ein schutzwürdiges Interesse und ist klagebefugt, da er nicht als ein quivis ex populo auftritt, sondern eigene Rechte geltend macht. Begünstigt die Baulast schließlich nur die Allgemeinheit, so wird es, sofern die Übernahmeverpflichtung nicht auf vertraglicher Grundlage beruht, wiederum meist an der Klagebefugnis und an einem Rechtsschutzinteresse des Unternehmers fehlen; andererseits wird regelmäßig die Gemeinde als Repräsentant der Allgemeinheit sowohl klagebefugt sein wie ein Rechtsschutzinteresse haben²⁾.

V. Kapitel: Die Wirkung der Baulast

§ 12 Überblick

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, so entsteht die Baulast als "öffentlich-rechtliche Verpflichtung". Diese Verpflichtung trifft in erster Linie den "Eigentümer" oder genauer, den Baulastübernehmer (§ 13), wirkt aber kraft Gesetzes "auch gegenüber dem Rechtsnachfolger" (§ 14). Große Schwierigkeiten bereitet die Frage, welche Wirkung die Baulast auf dingliche oder obligatorische Rechte Dritter hat, die im Zeitpunkt ihrer Übernahme bereits bestehen und mit denen sie entweder unmittelbar oder mittelbar kollidiert. Obwohl es sich hierbei um ein Kardinalproblem handelt, ist die

-
- 1) Ob dieses Erfordernis des § 42 II VwGO auch bei der Leistungsklage gilt, ist umstritten aber h.M. Dafür z.B. OVG Hamburg, DVBl. 61/136 und 67/86; OVG Münster 67/54; Rautenberg-Voigt a.a.O.; Stern, JuS 65/270; dagegen OVG Münster, DöV 61/469; Holland a.a.O.
 - 2) Die Klagemöglichkeit besteht allerdings nur, wenn die Gemeinde nicht selbst Baubehörde ist, anderenfalls läge ein unzulässiger In-sich-Prozeß vor.

Rechtslage noch völlig ungeklärt; vermutlich aus diesem Grunde haben sowohl Bayern wie Rheinland-Pfalz auf die Einführung der Baulast verzichtet¹⁾. Von der Lösung dieses Problems hängt die Bedeutung und Praktikabilität der Baulast in der Tat maßgeblich ab. Daher ist eine besonders eingehende Untersuchung erforderlich (§ 15).

§ 13 Die Wirkung gegenüber dem Baulastübernehmer

I. Die einzelnen Wirkungen

Die Wirkung der Baulast gegenüber dem Übernehmer ergibt sich aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher und speziell baupolizeilicher(-ordnungsrechtlicher)²⁾ Verpflichtung. Sie ist wie jede andere baupolizeiliche Verpflichtung zu erfüllen. Es gelten allgemein die Grundsätze des Polizeirechts. Kommt der Übernehmer der Baulast nicht nach, so erläßt die Bauaufsichtsbehörde gegen ihn eine Verfügung. Folgt er auch dieser Verfügung nicht, so setzt die Bauaufsichtsbehörde die Baulast im Zwangswege durch. Dies geschieht je nach der Art der Baulast und der Opportunität des Zwangsmittels durch Zwangsgeld, Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwang. Die Zwangsvollstreckung richtet sich dabei, unabhängig davon, ob die Baulast einen bauplanungsrechtlichen oder bauordnungsrechtlichen Inhalt hat, ausschließlich nach den landesrechtlichen Vollstreckungsgesetzen³⁾.

Im Bauverfahren ist die Baulast ebenfalls wie jede andere baupolizeiliche Verpflichtung zu berücksichtigen. Ein Bauvorhaben auf dem belasteten Grundstück ist demnach nur zulässig, wenn es sowohl mit den gesetzlichen Vorschriften wie

1) So Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 161 Fn. 471.

2) Die Ausdrücke "Baupolizeirecht", "baupolizeilich" werden im folgenden gleichzeitig auch synonym für "Bauordnungsrecht", "bauordnungsrechtlich" verwendet.

3) Das folgt aus der Eigenschaft der Baulast als Landesrecht; im übrigen richtet sich auch die Vollstreckung bundesrechtlicher Verpflichtungen nach Landesrecht, wenn sie durch Organe der Länder erfolgt, § 5 II BVerwVollStG.

mit der Baulast im Einklang steht. Umgekehrt hat der durch die Baulast Begünstigte, sofern die Baulast etwaige Mängel seines Vorhabens behebt, einen Anspruch auf die Genehmigung. Die Errichtung eines Bauvorhabens unter Verstoß gegen eine Baulast macht das Vorhaben materiell illegal; fehlt außerdem die behördliche Genehmigung, so kann wegen formeller und materieller Illegalität eine entsprechende Änderung und unter Umständen sogar eine völlige Beseitigung des Bauvorhabens verlangt werden. Dasselbe gilt entsprechend bei einer baulastwidrigen Nutzungsänderung; auch hier tritt eine materielle Illegalität ein, die bei fehlender Genehmigung rückgängig gemacht werden muß.

II. Dispensmöglichkeit

Zweifelhaft kann sein, ob von einer Baulast auch ein Dispens erteilt werden kann. Praktisch wird die Frage der Dispensmöglichkeit beispielsweise, wenn der Eigentümer zugunsten des Nachbarn eine Bauwichbaulast übernommen hat und nunmehr doch in dem freizuhaltenden Grundstücksstreifen bauen will. Das Gesetz sagt darüber unmittelbar nichts, da die Dispensbestimmungen sich nur auf gesetzliche oder auf Grund Gesetzes erlassene Vorschriften beziehen.

Ein naheliegendes Argument gegen die Zulässigkeit eines Dispenses ließe sich daraus herleiten, daß gesetzliche Verpflichtungen auferlegt, Baulasten dagegen freiwillig übernommen sind und daher in Härtefällen eine Abweichung von gesetzlichen Verpflichtungen eher berechtigt erscheint als von Baulasten. Andererseits kann der Übernehmer an einem Dispens von einer Baulast ein ebenso großes Interesse haben, denn die Baulast kann ihn genauso hart wie eine gesetzliche Verpflichtung treffen. Insofern besteht also kein Unterschied. Auch knüpft die gesetzliche Dispensregelung an Umstände an, die mit der Freiwilligkeit bzw. Unfreiwilligkeit der Verpflichtung nichts zu tun haben. Die Dispenserteilung hängt nur davon ab, ob Gründe des allgemeinen Wohls die Abweichung erfordern, oder ob die Einhaltung der Verpflichtung im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen

würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Diese Voraussetzungen können bei der Baulast ebenso gegeben sein. Es findet sich daher kein triftiger Grund, warum beispielsweise ein Bauvorhaben in dem gesetzlichen Bauwich dispensiert, in einem freiwillig unbebaut zu lassenden Seitenstreifen dagegen nicht soll dispensiert werden können. Vom Standpunkt des öffentlichen Interesses sind die Wirkungen in beiden Fällen die gleichen; jeweils wird der gesetzlich gebotene Seitenabstand verringert. Wenn die Abweichung von der baurechtlichen Verpflichtung aber jeweils entweder im öffentlichen Interesse erforderlich oder doch zumindest mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, so muß sie auch in beiden Fällen dispensfähig sein; die Freiwilligkeit der Baulastübernahme steht dem jedenfalls nicht entgegen. Ebenso wie von einer gesetzlichen Vorschrift ist daher ein Dispens auch von einer Baulast unter den Voraussetzungen der landesrechtlichen Bestimmungen zuzulassen.

§ 14 Die Wirkung gegenüber dem Rechtsnachfolger

I. Die Bedeutung der Rechtsnachfolgeklausel

1. Dieselbe Wirkung wie gegenüber dem "Eigentümer" hat die Baulast auch gegenüber dem "Rechtsnachfolger". Der Rechtsnachfolger muß demnach die Baulast ebenso erfüllen wie der Übernehmer; gegen ihn kann ebenso eine Leistungsverfügung erlassen und ggf. im Zwangswege vorgegangen werden, oder es kann ihm ein Dispens erteilt werden: in jeder Hinsicht ist der "Rechtsnachfolger" dem "Eigentümer" gleichgestellt.

2. Darin allein erschöpft sich die Bedeutung der Rechtsnachfolgeklausel jedoch nicht. Beschränkte sich, wie der Gesetzeswortlaut nahelegt, die Wirkung der Baulast tatsächlich nur auf den Eigentümer und dessen Rechtsnachfolger, so würde die Baulast in vielen Fällen praktisch bedeutungslos werden. Würde nämlich beispielsweise eine vom Eigentümer übernommene Bauwichlast nicht gegenüber einem nachträglich begründeten

Erbbaurecht, eine Stellplatzbaulast nicht gegenüber einem späteren Nießbraucher oder eine Nutzungsbaulast nicht gegenüber einem späteren Pächter wirken, so könnte sie häufig überhaupt nicht mehr durchgesetzt werden, da der Eigentümer aus zivilrechtlichen Gründen zu ihrer Erfüllung nicht mehr in der Lage wäre und der Erbbauberechtigte, Nießbraucher oder Pächter sie nicht zu beachten brauchten. Der Eigentümer hätte es also in der Hand, sich jederzeit durch die Bestellung von dinglichen oder obligatorischen Rechten die Erfüllung der Baulast unmöglich zu machen und deren Zweck zu vereiteln¹⁾.

Gerade das wollte der Gesetzgeber aber verhindern. Die Baulast sollte gerade nicht durch nachträglich bestellte Rechte vereitelt und ihre Erfüllung dem Eigentümer unmöglich gemacht werden können. Zweck der Baulast war vielmehr - und dazu diente die Rechtsnachfolgeklausel - einen im öffentlichen Interesse liegenden Zustand auf Dauer zu sichern; unabhängig von etwaigen Rechtswechseln oder Rechtserwerben Dritter sollte der Bestand der Baulast dauernd gewährleistet sein. Nur so kann die Baulast die ihr primär beigelegte Funktion, die Ermöglichung von Bauvorhaben voll erfüllen. Was der Gesetzgeber mit der Rechtsnachfolgeklausel zum Ausdruck bringen wollte, war also mehr: die Baulast sollte nicht bloß relativ gegen den Eigentümer und dessen Rechtsnachfolger, sondern absolut gegen jedermann wirken.

1) Wenn ein Eigentümer, der auf Grund sonstiger polizeilicher Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten in bezug auf sein Grundstück gezwungen ist und das Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet oder vermietet oder verpachtet, so macht er sich die Erfüllung zivilrechtlich zwar zunächst auch unmöglich. Die Unmöglichkeit kann jedoch beseitigt werden, indem die Polizei(Ordnungs)behörde gegen den Erbbauberechtigten, Mieter oder Pächter eine Duldungsverfügung erläßt (vgl. Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 36 a.E.). Diese Möglichkeit besteht bei der Baulast regelmäßig nicht, weil keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt.

II. Der Begriff des Rechtsnachfolgers

Diese Erkenntnis erledigt indessen nicht die Frage, wer als Rechtsnachfolger im Sinne der Baulastvorschriften anzusehen ist. Die Absolutheit der Baulast bewirkt lediglich, daß die Baulast sich gegenüber allen späteren Rechten durchsetzt, d.h. kein späterer dinglicher oder obligatorischer Berechtigter sie beeinträchtigen darf. Die Wirkung gegenüber dem "Rechtsnachfolger" dagegen besteht darin, daß dieser die Baulast nicht nur (negativ) nicht beeinträchtigen darf, sondern vielmehr (positiv) erfüllen muß. Ob eine Baulast gegenüber einem späteren Berechtigten nur kraft ihrer Absolutheit oder aber wegen dessen Eigenschaft als "Rechtsnachfolger" wirkt, hat demnach unterschiedliche Folgen¹⁾; die beiden Wirkungen sind keineswegs identisch.

1. Nach der herkömmlichen Terminologie versteht man unter einem "Rechtsnachfolger" denjenigen, der sein Recht von dem früheren Rechtsinhaber ableitet²⁾. Auf die Baulast angewandt wäre das derjenige, der das mit der Baulast belastete Grundstück erwirbt, oder, wenn die Baulast von einem auf Grund eines Rechtsverhältnisses berechtigten Inhaber der tatsächlichen Gewalt (z.B. Pächter) übernommen wurde, derjenige, der die Rechte und Pflichten aus diesem Rechtsverhältnis

1) Praktisch relevant wird dieser Unterschied allerdings nur bei solchen Baulasten, die auf ein positives Tun gerichtet sind. Beinhaltet nämlich eine Baulast die Verpflichtung zu einem Dulden (z.B. einer Zufahrt) oder Unterlassen (z.B. einer bestimmten Bebauung), so muß auf Grund der Baulast der jeweilige Eigentümer bzw. Rechtsnachfolger die Zufahrt unmittelbar dulden oder die Bebauung unmittelbar unterlassen, ein Nichtrechtsnachfolger muß es dagegen lediglich unterlassen, die Baulast zu beeinträchtigen. Im Ergebnis kommt das aber auf dasselbe hinaus: Weil der Nichtrechtsnachfolger die Baulast nicht beeinträchtigen darf, muß er ebenfalls die Zufahrt dulden und die Bebauung unterlassen. Nur bei Baulasten, die zu einem positiven Verhalten verpflichten, zeigt sich der Unterschied; hier muß nur der "Rechtsnachfolger" Stellplätze anlegen, Brandwände unterhalten oder bauliche Anlagen abreißen, ein Nichtrechtsnachfolger dagegen nicht.

2) Vgl. Lehmann-Hübner, Der allgemeine Teil des BGB, 15. Auflage, Berlin 1966, § 21 IV.

übernimmt (z.B. der in das Pachtverhältnis eintretende Erbe). Es fragt sich jedoch, ob dieser herkömmliche Begriff mit dem des "Rechtsnachfolgers" im Sinne der Baulastvorschriften übereinstimmt. Wie die Auslegung des Begriffs des "Eigentümers"¹⁾ beweist, steht die Eindeutigkeit des Begriffs in der herkömmlichen Terminologie einer abweichenden Auslegung nicht unbedingt entgegen. Nicht die Übereinstimmung mit der übernommenen Terminologie entscheidet über die Richtigkeit der Auslegung, sondern die Vereinbarkeit mit den erkennbaren gesetzgeberischen Zielen. Der Begriff des "Rechtsnachfolgers" ist daher trotz der eindeutigen Terminologie auslegungsfähig und -bedürftig.

2. Den erfolgversprechendsten Ansatz für die Auslegung bietet der Umstand, daß die Baulast eine polizeirechtliche Verpflichtung ist. Da die Baulast in bezug auf den Eigentümer einer sonstigen polizeirechtlichen Verpflichtung wirkungsmäßig in jeder Hinsicht entspricht, drängt sich ein Vergleich in bezug auf den Rechtsnachfolger auf. Die Hypothese geht dahin, daß "Rechtsnachfolger", also nachfolgender Baulastpflichtiger, derjenige ist, der unter den gleichen Umständen im Falle einer inhaltlich gleichen gesetzlichen Verpflichtung nachfolgender Polizeipflichtiger wäre. Ob diese Hypothese zutrifft, läßt sich bestimmen, indem man ermittelt, wer bei einer sonstigen Polizeipflicht nachfolgender Polizeipflichtiger ist und die Konsequenzen vergleicht, die sich bei Zugrundelegung dieses bzw. des herkömmlichen Rechtsnachfolgerbegriffs ergeben.

a) Das Polizeirecht verwendet den Begriff des Rechtsnachfolgers zur Bestimmung des nachfolgenden Polizeipflichtigen nicht. Zu diesem Zweck hat es vielmehr eine andere Methode gewählt. Es knüpft die Pflichtigkeit an die Eigentümerstellung als solche unabhängig vom Erwerbsgrund. Der Erwerber eines Grundstücks wird also nicht deshalb polizeipflichtig,

1) Siehe oben § 8 I 2 (S. 80 f.).

weil er sein Recht von dem früheren polizeipflichtigen Eigentümer ableitet, sondern ausschließlich auf Grund seiner gegenwärtigen Eigentümerstellung. Ebensowenig wird ein Erbe polizeipflichtig, weil er nach § 1967 BGB für alle Verpflichtungen des Erblassers haftet, sondern nur deshalb, weil er in seiner Person als nunmehriger Eigentümer die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Noch deutlicher zeigt sich dies in den Fällen des originären Eigentumserwerbs durch Ersitzung, Aneignung, gutgläubigen Erwerb oder Erwerb in der Zwangsversteigerung: hier ist der Erwerber polizeipflichtig, obwohl überhaupt keine Rechtsnachfolge im technischen Sinne vorliegt¹⁾. Auf eine etwaige Rechtsnachfolge kommt es also nicht an. Eine Polizeipflicht geht selbst dann nicht auf den Erwerber über, wenn eine echte Rechtsnachfolge vorliegt, sondern sie erlischt²⁾ und entsteht in der Person des Erwerbers neu; eine gegen den bisherigen Eigentümer bereits ergangene Verfügung ist daher aufzuheben und durch eine neue gegen den Erwerber zu ersetzen.

b) Was folgt daraus für die Baulast? Nun, einmal zeigt sich, daß bei Übertragung dieser Regelung nicht nur jeder Rechtsnachfolger, sondern jeder spätere Eigentümer schlechthin ohne Rücksicht auf den Erwerbsgrund baulastpflichtig wäre. Der gesetzliche Terminus "Rechtsnachfolger" wäre dann extensiv als "jeweiliger Eigentümer" auszulegen. Zum anderen zeigt sich der praktische Nachteil einer nur auf den Rechtsnachfolger im technischen Sinne beschränkten Wirkung der Baulast. Legte man nämlich diesen Begriff zugrunde, so wirkte die Baulast gegen einen Eigentümer, der das Eigentum am Grundstück originär erworben hat, konsequenterweise nicht. In diesen Fällen wäre die Baulast demnach wirkungslos und würde ihren Zweck nicht erfüllen. Gegen diese Konsequenz erheben sich aber die schon gegen eine bloß relative Wirkung der Baulast vorgebrachten Einwände; eine teilweise

1) Vgl. Drews-Wacke, Polizeirecht S. 231 ff.; Scheerbarth § 7 ff.

2) Drews-Wacke a.a.O. S. 240.

Wirkungslosigkeit der Baulast ist mit dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen zur dauerhaften Sicherung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zustandes schlechthin unvereinbar. Angesichts dessen befriedigt also nur die extensive Auslegung: der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne der Baulastvorschriften umfaßt daher nicht nur den Rechtsnachfolger im technischen Sinne, sondern den jeweiligen Eigentümer.

c) Schließlich läßt sich die Frage aufwerfen, ob darüber hinaus nicht als "Rechtsnachfolger" auch jeder Besitznachfolger anzusehen ist. Für eine solche Auslegung spricht hauptsächlich der Gesichtspunkt der systematischen Einheitlichkeit, da im übrigen Polizeirecht für den Zustand von Sachen neben dem jeweiligen Eigentümer auch immer der jeweilige Besitzer polizeipflichtig ist¹⁾. Außerdem wäre die Pflichtigkeit auch des jeweiligen Besitzers recht zweckmäßig, beispielsweise dann, wenn der Eigentümer nach der Übernahme der Baulast das Grundstück verpachtet oder mit einem Nießbrauch belastet und ins Ausland zieht. In Fällen dieser Art würde die Durchsetzung der Baulast erheblich erleichtert, wenn die Bauaufsichtsbehörde sich nicht nur an den Eigentümer, sondern zusätzlich auch an den Pächter bzw. Nießbraucher halten könnte.

Andererseits finden sich weder im Gesetz noch in den Materialien noch in den mündlichen Verhandlungen der Parlamente Anhaltspunkte für eine derart weitgehende Auslegung. Nirgends wird ein dahin gehender gesetzgeberischer Wille angedeutet. Ebensowenig erfordern die Bedürfnisse der Praxis zwingend eine solche Auslegung. Zwar würde durch die Möglichkeit einer Inanspruchnahme auch des Besitznachfolgers die Durchsetzbarkeit der Baulast vereinfacht. Die Baulast wird jedoch auch bei deren Fehlen (in den praktisch ohnehin nicht häufigen Fällen) keineswegs funktionsunfähig. Ungünstigstenfalls kann sie immer noch im Wege der Ersatzvornahme

1) Vgl. statt aller Drews-Wacke a.a.O. und Scheerbarth a.a.O.

durchgesetzt werden. Allenfalls läuft die Behörde Gefahr, die Kosten für die Ersatzvornahme selbst tragen zu müssen. Das aber ist kein hinreichender Grund für eine weitere Ausdehnung des Begriffs des Rechtsnachfolgers. Im Gegensatz zur Erstreckung auf den jeweiligen Eigentümer besteht für die Erstreckung auf den jeweiligen Besitzer somit kein hinreichender Anlaß; ein Besitznachfolger ist daher nicht als "Rechtsnachfolger" im Sinne der Baulastvorschriften anzusehen.

§ 15 Die Wirkung der Baulast auf bestehende Rechte Dritter

I. Die Problematik

Im Zeitpunkt der Übernahme der Baulast können an dem belasteten Grundstück die verschiedensten dinglichen oder obligatorischen Rechte bestehen. Je nach Art der Baulast und der jeweiligen Rechte kann die Baulast damit kollidieren. Die Kollision kann eine unmittelbare sein (etwa zwischen einer Baulast, das Grundstück ganz oder teilweise nicht zu bebauen und einem Erbbaurecht, oder zwischen einer Baulast, eine bestehende Anlage zu beseitigen und einen Nießbrauch oder einem Pachtrecht) oder eine mittelbare (wenn die Baulast den Verkehrswert des Grundstücks verringert und damit die Haftungsgrundlage etwaiger Grundpfandrechte oder Reallasten entwertet). Eine Kollision braucht indessen nicht notwendigerweise einzutreten. Beispielsweise dann nicht, wenn sich eine Dienstbarkeit oder ein Pachtrecht auf einen bestimmten Grundstücksteil beschränken, während sich die Baulast auf einen anderen Teil bezieht. Diese letzteren Fälle sind unproblematisch, die Kollisionsfälle werfen dagegen mehrere wichtige Probleme auf.

II. Die Geltung des Prioritätsprinzips

In allen Kollisionsfällen gibt es, da nur entweder das jeweilige Recht oder die Baulast ausgeübt bzw. zuerst befriedigt werden kann, nur zwei Möglichkeiten: entweder geht das

jeweilige Recht der Baulast vor oder umgekehrt. Legt man das Prioritätsprinzip zugrunde, so ist das jeweilige Recht vorrangig. Die entscheidende Frage lautet daher, ob das Prioritätsprinzip gilt.

1. Eine direkte Antwort darauf ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des öffentlichen oder bürgerlichen Rechts, da das Prioritätsprinzip keine allgemeine Gültigkeit besitzt. Wer eine Sache erwirbt, wird regelmäßig auch dann Eigentümer, wenn der bisherige Eigentümer sie vorher schon an einen anderen verkauft hatte; ebenso kommt es in der Einzelzwangsvollstreckung nicht darauf an, ob die Forderung des zuerst pfändenden Gläubigers älter ist als die anderer Gläubiger. Nur im Grundbuch spielt die Priorität eines Rechts eine entscheidende Rolle: *prior tempore, potior iure*.

Ein starkes Argument für die Geltung des Prioritätsprinzips liefert angesichts dessen die weitgehende Ähnlichkeit der Baulast mit einer zivilrechtlichen Dienstbarkeit. Soweit die Baulast eine Verpflichtung beinhaltet, die inhaltlich Gegenstand einer Dienstbarkeit sein könnte, liegt der Unterschied nur in ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter und ihrer dementsprechend anderen Durchsetzbarkeit. Wäre aber die Verpflichtung nicht als Baulast, sondern als Dienstbarkeit begründet worden, so stünde sie unzweifelhaft hinter allen zeitlich früheren Rechten zurück. Kein noch so großes öffentliches Interesse an ihr würde ihr einen besseren Rang verschaffen, maßgeblich wäre vielmehr einzig und allein der Zeitpunkt ihrer Entstehung. Daher liegt es nahe, der Baulast ein früheres Recht jeweils vorgehen zu lassen.

2. Dem steht auch die bevorrechtigte Befriedigung öffentlich-rechtlicher Lasten und Abgabeverpflichtungen in der Zwangsversteigerung¹⁾ nicht entgegen. Denn einmal handelt es sich bei diesen um gesetzliche Verpflichtungen, die

1) § 10 I Nr. 3 ZVG.

höhenmäßig weitgehend festliegen und mit denen jeder Gläubiger rechnen muß, und zum anderen mit Ausnahme der Grundsteuer meist um Zahlungspflichten für Leistungen, die (wie Anliegerbeiträge, Feuerzins, Deichlasten etc.) dem Grundstück mittelbar zugute gekommen sind. Ihre Vorrangigkeit ist deshalb gerechtfertigt. Mit einer Baulast müssen die Gläubiger dagegen gerade nicht rechnen; sie liegt auch nicht irgendwie fest und kommt in der Regel dem Grundstück auch nicht zugute, sondern der Eigentümer kann sie beliebig in verschiedenem Umfang zugunsten Dritter übernehmen. Die beiden Arten von öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen sind daher nicht vergleichbar.

3. Ausschlaggebend zugunsten des Prioritätsprinzips ist eine weitere Erwägung. Jeder Privatmann kann im Rahmen der Gesetze über sein Vermögen beliebig verfügen. Er kann es verschenken, vernichten, belasten, verteilen, wie er es für richtig hält. Es steht ihm auch frei, es zugunsten von Privatleuten, juristischen Personen, gemeinnützigen Stiftungen oder öffentlichen Körperschaften zu verwenden. Eine Grenze ist ihm jedoch gesetzt: er kann rechtmäßig nicht über mehr verfügen als er hat. Hat er verfügt, so kann er nicht noch einmal verfügen, hat er über sein Vermögen schon anderweitig disponiert, so kann er es nicht mehr für öffentliche Zwecke einsetzen, und wenn er sein Geld ausgegeben hat, kann er der Allgemeinheit damit keine Wohltaten mehr erweisen. Philanthropie setzt das Vorhandensein von materiellen Mitteln voraus. Das gilt auch bezüglich des Baulastübernehmers: Soweit der Eigentümer sein Grundstück schon belastet hat, kann er eben keine Baulasten mehr übernehmen¹⁾.

1) Dies verkennt das Urteil des Badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 1.2.1928 Ba RuABaG 1929 S. 126. Darin wurde die Klage eines Hypothekengläubigers auf Löschung einer seine Hypothek angeblich beeinträchtigenden Baulast mangels Klagebefugnis als unzulässig abgewiesen, weil der Kläger auch nicht etwa "infolge des Eingriffs in seine Rechte" in das zwischen dem Eigentümer und der Baupolizeibehörde bestehende öffentlich-rechtliche Verhältnis einbezogen sei und weder ein Verstoß gegen Art.

III. Die Konsequenzen des Prioritätsprinzips

Die Geltung des Prioritätsprinzips hat zur Folge, daß ein früher begründetes Recht einer späteren Baulast in jedem Fall vorgeht. Es fragt sich, welche Bedeutung das für die Baulast hat. Drei Möglichkeiten kommen in Betracht: Nichtigkeit, schwebende Unwirksamkeit oder Wirksamkeit trotz eingeschränkter Durchsetzbarkeit.

1. Die erste Möglichkeit scheidet mangels einer gesetzlichen Grundlage aus. Die Wirksamkeit einer Baulast hängt nicht von ihrem Rang, sondern ausschließlich vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses ab. Dieses kann zwar bei Nachrangigkeit fehlen, braucht es aber nicht; es besteht immer die Möglichkeit, daß vorgehende Rechte erlöschen und die Baulast damit im Range aufrückt.

153 WRV (Eigentumsfreiheit) vorliege noch die mangelnde Zustimmung des Klägers der Wirksamkeit der Baulast entgegenstünde. Letzteres entnimmt das Gericht daraus, daß man bei den Beratungen ein ursprünglich vorgesehenes Zustimmungserfordernis fallen gelassen und dem Gläubiger nur ein Anhörungsrecht gewährt hatte. Das Urteil beruht also auf den Annahmen, der Vorrang der Baulast gegenüber den Rechten der Grundstücksgläubiger sei vom Gesetzgeber beabsichtigt und nicht verfassungswidrig. Beide Annahmen sind jedoch mehr als zweifelhaft. Die Ersetzung der obligatorischen Zustimmung durch eine bloße Anhörung bedeutet keineswegs notwendigerweise die Nichtanerkennung des Prioritätsprinzips, sondern kann auch so ausgelegt werden, daß der Baubehörde lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, sich über den Wert und die Durchsetzbarkeit der (nachrangigen und damit unsicheren) Baulast Klarheit zu verschaffen - eine Auslegung, die um so wahrscheinlicher ist, als die Baubehörde das Recht hatte, die Eintragung der Baulast "gegebenenfalls" zu verweigern und einen darauf gestützten Baugenehmigungsantrag zu verweigern. Und was die angebliche Verfassungsmäßigkeit angeht: Angesichts der Art. 153 II WRV und 14 I GG ist weder nach damaligem noch nach geltendem Recht ersichtlich, woher der Gesetzgeber die Legitimation zu einer Regelung hernehmen soll, die es dem Baulastübernehmer gestatten würde, ein Recht (und damit "gewährleistetes Eigentum") eines Grundstücksgläubigers ersatzlos auszuhöhlen und zu entwerten.

2. Ebensowenig überzeugt die zweite Möglichkeit. Macht man nämlich, wie die meisten früheren Entwürfe¹⁾, die Wirksamkeit der Baulast von der Zustimmung der möglicherweise beeinträchtigten Grundstücksgläubiger abhängig, so ergeben sich wiederum zwei Möglichkeiten: entweder die Gläubiger verweigern ihre Zustimmung; dann ist die Baulast endgültig unwirksam. In diesem Falle gilt derselbe Einwand wie gegenüber der ursprünglichen Nichtigkeit. Oder die Gläubiger stimmen zu; dann ist die Baulast voll wirksam und vorrangig. Dieser Effekt tritt aber auch ein, wenn die Gläubiger einer von Anfang an wirksamen nachrangigen Baulast zustimmen. Durch eine zunächst bestehende schwebende Unwirksamkeit ist also nichts gewonnen. Eine schwebende Unwirksamkeit der Baulast ist überdies auch aus praktischen Gründen unzweckmäßig, da bei stark belasteten Grundstücken häufig viele Gläubiger angeschrieben und zur Zustimmung aufgefordert werden müßten. Ein solches Verfahren wäre nicht nur zeitraubend und aufwendig, sondern auch von zweifelhaftem Erfolg, da gefährdete Gläubiger in der Regel ihre Zustimmung verweigern würden.

3. Als einzige sinnvolle Lösung bleibt damit nur noch die dritte Möglichkeit, daß die Baulast wirksam und nur infolge ihrer Nachrangigkeit in der Durchsetzbarkeit beschränkt ist. Bezüglich der Durchsetzbarkeit ist dabei nach der Art der Baulast und der vorgehenden Rechte im einzelnen zu unterscheiden:

a) Soweit die Baulast mit vorrangigen Rechten unmittelbar kollidiert, kann sie überhaupt (noch) nicht durchgesetzt werden. Ebensowenig wie die Bauaufsichtsbehörden dem polizeipflichtigen Eigentümer ein Verhalten aufgeben kann, das ihm aus zivilrechtlichen Gründen verboten ist, kann sie die Erfüllung einer Baulast verlangen, die ein vorrangiges Recht beeinträchtigen würde. Die Bauaufsichtsbehörde kann also nicht etwa auf Grund einer nachrangigen Baulast vom

1) Siehe oben § 11 V (S. 109 und Fn. 2) auf S. 109).

Eigentümer den Abbruch einer einem Nießbrauch unterliegenden Baracke oder die Anlegung von Stellplätzen auf einem verpachteten Grundstück verlangen. Für eine Duldungsverfügung gegen den Rechtsinhaber fehlt mangels einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Der Rechtsinhaber braucht eine Beeinträchtigung seiner Rechte nur zu dulden, wenn er der Baulast zugestimmt hat. Eine derartige Baulast ist infolgedessen, solange das vorrangige Recht besteht, sozusagen eingefroren und wird erst mit dessen Wegfall oder der Zustimmung des Rechtsinhabers durchsetzbar¹⁾.

b) Soweit die Baulast mit vorrangigen Rechten dagegen nur mittelbar kollidiert, kann sie, sofern dadurch das Grundstück nicht verschlechtert wird, sofort durchgesetzt werden, ebenso wie eine nachrangige Dienstbarkeit auch bei einem Dutzend vorrangiger Hypotheken ausgeübt werden kann. Rechtliche Hindernisse stehen dem nicht entgegen; die Erfüllung ist dem Eigentümer ohne weiteres möglich, da er in kein fremdes Recht eingreift.

Zu beachten ist jedoch, daß eine derartige Baulast bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung ausfällt, falls die abgegebenen Gebote die vorrangigen Rechte nicht vollständig befriedigen²⁾.

1) Im Verhältnis zwischen kollidierenden Baulasten (ein praktisch kaum jemals vorkommender Fall) wird allerdings nicht das Prioritätsprinzip, sondern das Prinzip des maximalen öffentlichen Interesses zu gelten haben. Die Bauaufsichtsbehörde hat daher nicht unbedingt die zeitlich frühere, sondern jeweils diejenige(n) Baulast(en) durchzusetzen, die dem öffentlichen Interesse am meisten entspricht, genauso wie ein Gläubiger von mehreren, sich teilweise ausschließenden Rechten in der ihm günstigsten Weise Gebrauch macht (ähnlich schon Fechtrop, DVBl. 63/614: mehrere Baulasten stehen nebeneinander).

2) Diese in der Zwangsversteigerung für Sachenrechte strikt durchgeführte und auf Grund des Prioritätsprinzips auch auf Baulasten anwendbare Regel erleidet eine Ausnahme bei denjenigen Baulasten, die zur Ermöglichung eines Bauvorhabens auf dem Baugrundstück selbst übernommen worden sind. In diesen Fällen erfordert das Interesse der vorrangigen Rechtsinhaber den Untergang der Baulast nicht, weil sie im Ergebnis eine Erhöhung der Haftungsmasse her-

Je nach Art und Umfang der vorgehenden Rechte und dem Wert des Grundstücks steht die Baulast also an einer mehr oder weniger gefährdeten Rangstelle. Es fragt sich daher, ob sich empfiehlt, auch eine unsichere Baulast durchzusetzen bzw. auf Grund ihrer Maßnahmen zu ergreifen. Die Antwort hängt von der Art der Baulast und dem Zweck, zu dem sie dient, ab. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Baulasten, deren späterer Wegfall keinerlei Nachteile nach sich zieht und solchen, deren Wegfall sich nachteilig auswirken würde, insbesondere durch das Eintreten eines rechtswidrigen Zustandes oder dadurch, daß der Bauaufsichtsbehörde, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einem öffentlich-rechtlichen Unternehmen Aufwendungen entstünden.

aa) Ein Beispiel für die erste Fallgruppe bilden etwa Baulasten, durch die der Eigentümer sich zugunsten der Öffentlichkeit verpflichtet, die Benutzung seines Grundstücks als öffentliche Wiese zu dulden, einen öffentlichen Weg anzulegen oder das Grundstück in bestimmter Weise zu gestalten. Auf Grund einer solchen Baulast kann die Bauaufsichtsbehörde im Weigerungsfall ohne weiteres vorgehen, auch wenn das Grundstück völlig überbelastet ist. Kommt es zur Zwangsversteigerung und geht die Baulast unter, so ist die Verfügung zwar aufzuheben; weitere Nachteile entstehen jedoch nicht, es bleibt lediglich das Grundstück im alten Zustand.

bb) Anders dagegen bei der (praktisch viel häufigeren) zweiten Fallgruppe. Darf beispielsweise der Nachbar auf Grund einer Bauwuchsbaulast näher an der Grundstücksgrenze bauen als er bei Zugrundelegung der gesetzlichen Vorschrift

beigeführt hat. Außerdem hätte die Bauaufsichtsbehörde statt das Bauvorhaben auf Grund der Baulast zu genehmigen, die Genehmigung auch unter einer der Baulast inhaltlich entsprechenden Auflage erteilen können, die von der Zwangsversteigerung nicht berührt wird und gegenüber dem Ersteigerer wirksam bleibt. Die Aufrechterhaltung der Baulast in diesen Fällen stellt zwar eine höchst unsystematische Durchbrechung der allgemeinen Regel dar, aber in systematischer Hinsicht ist die Baulast eben ein schwarzes Schaf.

ten dürfte, so hängt die materielle Rechtmäßigkeit seines Bauvorhabens von dem Fortbestand der Baulast ab. Bei ihrem Wegfall kann der Eigentümer des ursprünglich belasteten Grundstücks wieder näher an der Grenze bauen als er ansonsten gedurft hätte. Dadurch wird der gesetzlich vorgeschriebene Mindestabstand nicht mehr eingehalten und es tritt ein rechtswidriger Zustand ein. Oder ein weiteres Beispiel: Im Vertrauen auf eine Duldungsbaulast errichtet ein öffentliches Versorgungsunternehmen auf dem Grundstück des Eigentümers Anlagen und investiert zu diesem Zwecke erhebliche Mittel. Nach dem Wegfall der Baulast in der Zwangsvollstreckung braucht der neue Eigentümer die Anlagen nicht mehr zu dulden, sondern kann deren Beseitigung verlangen; dem öffentlichen Unternehmen bleibt also nichts anderes übrig, als die kostspieligen Anlagen wieder zu entfernen.

Die Beispiele verdeutlichen das Risiko, solche unsicheren Baulasten durchzusetzen bzw. zur Grundlage von Entscheidungen zu machen, die sich bei Wegfall der Baulast nachteilig auswirken. Eine Bauaufsichtsbehörde, die auf Grund einer Baulast dem Nachbarn eine Baugenehmigung erteilen oder ein Begünstigter, der im Hinblick auf eine Baulast Investitionen vornehmen will, wird sich daher, sofern nicht die vorrangigen Rechtsinhaber der Baulast zustimmen, über deren Sicherheit vorher vergewissern und im Zweifel die geplante Maßnahme unterlassen¹⁾. Die Vergewisserung geschieht am besten

1) Ausnahmsweise ist die Erteilung einer Baugenehmigung auch auf Grund einer unsicheren Baulast zweckmäßig, und zwar dann, wenn der durch die Baulast zu korrigierende Mangel des Bauvorhabens wegen der Erteilung eines Dispenses ohnehin nicht zur Ablehnung des Baugesuchs führen würde. Läßt sich beispielsweise ein Grundstück mangels genügender Breite nicht in der vorgeschriebenen Bauweise bebauen, so kann der Eigentümer nur bauen, wenn entweder der Nachbar eine Baulast zu seinen Gunsten übernimmt oder das Bauvorhaben dispensiert wird. Nach dem oben Gesagten hätte die Übernahme einer Baulast bei einer zu hohen Belastung des Grundstücks auszuscheiden. Es bliebe daher nur ein Dispens übrig, der in der Regel erteilt werden müßte, da meist eine "offenbar nicht beabsichtigte Härte im Einzelfall" und eine "Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen" vorliegen wird. In diesem Fall ist die Baulast einem Dispens jedoch vorzuziehen. Beruht die Baugenehmi-

dadurch, daß die Behörde bzw. der Begünstigte einen beglaubigten Grundbuchauszug und ggf. ein Gutachten über den Wert des Grundstücks anfordern. Auf diese Weise können die Beteiligten schnell und einfach ein zuverlässiges Bild über die Sicherheit der Baulast gewinnen.

IV. Die Bestimmung der Priorität

Die Priorität der Baulast bzw. eines Rechts bestimmt sich ausschließlich nach zeitlichen Gesichtspunkten. Maßgeblich dafür ist in entsprechender Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze bei der Baulast der Zeitpunkt der Entstehung¹⁾, bei Miet- oder Pachtrechten der Zeitpunkt der Überlassung des Grundstücks an den Mieter oder Pächter²⁾ und bei Grundstücksrechten der Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Eintragung des Rechts in das Grundbuch beim Grundbuchamt³⁾. Eine Baulast geht einem Pachtrecht oder einem Nießbrauch also vor, wenn sie vor der Überlassung des Grundstücks an den Pächter bzw. vor Eingang des Antrags auf Eintragung des Nießbrauchs beim Grundbuchamt entstanden ist, andernfalls geht sie ihm nach; bei Gleichzeitigkeit haben die Baulast

gung nämlich auf einem Dispens, so braucht der Nachbar wie bisher nur den gesetzlichen Seitenabstand einzuhalten; beruht sie dagegen auf einer Baulast, so muß der Nachbar zumindest zunächst einen zusätzlichen Abstand wahren. Auch wenn die Baulast später untergeht, tritt nur derjenige Zustand ein, der bei einem Dispens ohnehin bestanden hätte; in diesem Zeitpunkt hat aber der Nachbar möglicherweise schon (in dem größeren Abstand) gebaut und die Baulast somit ihren Zweck erfüllt. Die Baulast kann in diesen Fällen also allenfalls nützen, jedoch nie schaden.

- 1) Also entweder der Abgabe der mündlichen Erklärung von der Baubehörde (Gemeinde) oder des Zugangs der beglaubigten Baulasterklärung oder der Anerkennung der Unterschrift unter die nicht beglaubigte Erklärung.
- 2) § 577 BGB analog.
- 3) Entsprechend dem in den §§ 878 und 892 II BGB enthaltenen Rechtsgedanken. Der Erwerber soll nicht unter der Langsamkeit des Eintragungsverfahrens leiden, sondern so gestellt werden, als sei sofort eingetragen worden.

und das Recht den gleichen Rang¹⁾.

VI. Kapitel: Der Untergang der Baulast

§ 16 Der behördliche Verzicht

I. Der Verzicht bei Wegfall des öffentlichen Interesses

Die Baulast geht unter durch den Verzicht der Bauaufsichtsbehörde und dessen Eintragung im Baulastenverzeichnis. Der Verzicht ist zu erklären, "wenn ein öffentliches Interesse an der Baulast nicht mehr besteht". Vor dem Verzicht sollen bzw. müssen die durch die Baulast Begünstigten gehört werden²⁾.

Diese Regelung wirft relativ wenige Probleme auf, die sich überdies auf Grund der bisherigen Ergebnisse verhältnismäßig einfach lösen lassen. Im einzelnen gilt für den Verzicht der Bauaufsichtsbehörde bei Wegfall des öffentlichen Interesses folgendes:

1. Ein Wegfall des öffentlichen Interesses kann durch veränderte Umstände ausgelöst werden. Drei Gruppen kommen hauptsächlich in Betracht: das von der Baulast verfolgte Interesse wird auf andere Weise besser erreicht (das ursprünglich zufahrtslose Grundstück hat inzwischen eine bessere Zufahrt) oder das verfolgte Interesse hat aufgehört, ein öffentliches zu sein (der durch die Baulast gesicherte Weg hat kein In-

1) Können in diesem (höchst seltenen) Fall die Baulast und das Recht nicht oder nicht vollständig nebeneinander ausgeübt werden, so kann sowohl die Bauaufsichtsbehörde wie der Berechtigte eine den Interessen der Beteiligten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen (§§ 1060, 1024 BGB analog); ansonsten gelten hier die oben Seite 126-130 entwickelten Grundsätze.

2) § 99 III S. 3 nw BauO ("sind"); § 108 III S. 3 bw BauO; § 104 III S. 3 bln BauO; § 106 III S. 3 sh BauO ("sollen").

teresse für die Öffentlichkeit mehr) oder die Baulast ist gegenstandslos geworden (eine Grenzänderung hat der Bauwicht- baulast ihre Voraussetzung entzogen).

2. Bei der Entscheidung, ob das öffentliche Interesse an der Baulast weggefallen ist, sind dieselben Überlegungen anzustellen wie bei der Prüfung, ob bei der Abgabe einer Baulasterklärung ein öffentliches Interesse vorliegt. Bei dieser Entscheidung steht der Behörde daher kein Beurteilungsspielraum zu. Wegen der Einzelheiten wird auf die obigen Ausführungen¹⁾ verwiesen.

3. Der Verzicht stellt eine von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls dar, also einen Verwaltungsakt²⁾. Er wird kraft Gesetzes erst mit der Eintragung ins Baulastenverzeichnis wirksam; die Eintragung hat daher konstitutive Wirkung. Im Gegensatz zur Entstehung der Baulast erfordert ihr Untergang durch behördlichen Verzicht demnach einen doppelaktigen Tatbestand.

4. Die fakultative bzw. obligatorische Anhörung des oder der Beteiligten dient dazu, der Bauaufsichtsbehörde die Überprüfung der maßgeblichen Gesichtspunkte zu erleichtern. Die Anhörung ist vor allem deshalb gerechtfertigt, weil die Begünstigung eines oder mehrerer Beteiligter häufig im öffentlichen Interesse liegt und ihre Voraussetzungen unter Umständen von den subjektiven Vorstellungen des Begünstigten (z.B. Bauabsichten) abhängen. Der Begünstigte kann daher die Fortdauer bzw. den Wegfall der Begünstigung häufig besser beurteilen als die Behörde. Aus diesem Grunde soll er Gelegen-

1) S. 105 ff.

2) Scheerbarth, Bauordnungsrecht § 162 S. 449; Füsslein, DVBl. 65/271. Die Formulierungen für den Begriff des Verwaltungsakts differieren etwas, die obige dürfte die häufigste sein. Vgl. im einzelnen: BVerwGE 6/168; 8/192 f.; 12/31; NJW 66/609; OVG Münster OVG 13/168; Wolff I § 46 I; Menger, VerwArch. 1960/375; Hegel, JZ 63/15; Menger-Erichsen, VerwArch. 67/78.

heit haben, seine Argumente gegenüber der Bauaufsichtsbehörde vorzubringen, ohne daß diese freilich daran gebunden wäre. Die mangelnde Bindung der Bauaufsichtsbehörde folgt, soweit es sich bei der Anhörungspflicht um eine Sollvorschrift handelt, schon aus dieser Tatsache selbst¹⁾, im übrigen aus der bloß konsultativen Funktion der Anhörung. Ob das öffentliche Interesse weggefallen ist, bestimmt sich ausschließlich nach objektiven Maßstäben unabhängig von den Auffassungen der Beteiligten; dem Begünstigten sind im Rahmen des Verzichtsverfahrens weder die "ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben" noch die "alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte" übertragen²⁾. Die Bauaufsichtsbehörde darf auf die Baulast daher auch gegen den Widerspruch des Begünstigten verzichten. Will der Begünstigte den Verzicht verhindern, so muß er eine - hier ausnahmsweise zulässige - vorbeugende Feststellungsklage³⁾ erheben, ggf. unter vorheriger Erwirkung einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO.

5. Ein zu Unrecht erklärter Verzicht ist gleichwohl wirksam. Auf seiten der Bauaufsichtsbehörde lag dann nur ein Irrtum über den Wegfall des öffentlichen Interesses und damit ein bloßer Motivirrtum vor, der den Verzicht als solchen nicht berührt. Erfolgte der rechtswidrige Verzicht ohne Anhörung des Begünstigten oder gegen dessen Widerspruch, so wird die

1) Sollvorschriften sind begrifflich niemals zwingend und wenn die Anhörung nicht zwingend ist, kann es das bei einer etwaigen Anhörung Vorgetragene ebenfalls nicht sein.

2) Die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte bei gesetzlich vorgesehener Beteiligung einer anderen Behörde sind bei dem Problembereich der sog. mehrstufigen Verwaltungsakte die Kriterien dafür, ob der Mitwirkungsakt ein Verwaltungsakt ist und damit die Rechtmäßigkeit des Hauptakts beeinflusst. Im einzelnen ist noch vieles streitig (vgl. BVerwG NJW 59/590; DöV 62/747; BVerwGE 16/116 u. 390, 18/333; 19/100; 21/354; 22/342; Schrödter, DVBl. 62/744; Menger, VerwArch. 65/188; Schuegraf, NJW 66/179). Diese Kriterien hätten sich möglicherweise entsprechend auf den Mitwirkungsakt des Begünstigten übertragen lassen.

3) Dazu BVerwG DöV 63/479 u. DöV 66/725; BVerwGE 26/23.

Bauaufsichtsbehörde meist wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB iVm Art. 34 GG schadensersatzpflichtig sein.

6. Ob und inwieweit die Bauaufsichtsbehörde ihren Verzicht rückgängig machen kann, richtet sich mangels spezieller Vorschriften nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Diese unterscheiden, ob der zu widerrufende Akt rechtmäßig oder rechtswidrig, und ob er begünstigend oder belastend war¹⁾. Da ein zu Unrecht erfolgter Verzicht eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Baulastübernehmers aufhebt, handelt es sich um einen rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt. Derartige Verwaltungsakte können regelmäßig widerrufen werden, es sei denn, daß ausnahmsweise das Vertrauensinteresse des Begünstigten am Fortbestand des Verwaltungsaktes das öffentliche Interesse an der rechtswidrig gewährten Begünstigung überwiegt. Die Zulässigkeit des Widerrufs eines Baulastverzichts ergibt sich im Einzelfall also jeweils erst nach einer Abwägung der beteiligten öffentlichen und privaten Interessen²⁾. Ein Überwiegen privater Interessen wird dann anzunehmen sein, wenn der durch den Verzicht Begünstigte im Vertrauen auf den Wegfall der Baulast Dispositionen getroffen, insbesondere wenn er "etwas ins Werk gesetzt"³⁾ hat, wie etwa dann, wenn der Eigentümer nach dem Verzicht auf die Bauwichbaulast in dem früher freizuhaltenden Grundstücksstreifen mit der Errichtung eines Bauvorhabens begonnen hat. In diesen Fällen wäre es unbillig, die Baulast durch Widerruf des Verzichts wieder aufleben zu lassen und daraufhin die Beseitigung der baulichen Anlage zu verlangen.

1) Zur Widerrufslehre vgl. statt vieler Wolff I § 53 mwN.

2) BVerwGE 5/312; 8/261; 11/136; 19/188; 24/296; BSG, DVBl. 59/634; BGH MDR 59/286; OVG Berlin DVBl. 57/503; Wolff I § 53 III c 1; Hauelsen, DVBl. 60/913, NJW 62/335; Becker DöV 63/459; Kimminich, JuS 65/249.

3) BVerwGE 17/338; 24/234 u. NJW 64/563; Wolff I § 53 III c 2 d; Hauelsen, DVBl. 59/233; Ossenbühl, DöV 67/251.

7. Ist das öffentliche Interesse weggefallen, so hat der Baulastverpflichtete einen Anspruch auf den Verzicht¹⁾. Bei Weigerung der Behörde muß er ggf. eine Verpflichtungsklage erheben. Darüber hinaus kann er den Wegfall des öffentlichen Interesses auch schon vor der Eintragung des Verzichts einredeweise geltend machen; da die Bauaufsichtsbehörde zum Verzicht verpflichtet ist, steht einer auf die Baulast gestützten Verfügung die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.

II. Der Verzicht in sonstigen Fällen

Das Gesetz sagt nur, daß der Verzicht bei Wegfall des öffentlichen Interesses erklärt werden muß, nicht dagegen, ob er auch bei noch fortbestehendem öffentlichen Interesse erklärt werden kann. Die Zulässigkeit eines solchen Verzichts würde bedeuten, daß die Bauaufsichtsbehörde auch eine (noch) dem öffentlichen Interesse dienliche Verpflichtung zum Erlöschen bringen könnte. Das aber widerspräche der allgemeinen Verpflichtung der Verwaltung, das Gemeinwohl zu fördern und die Interessen der Allgemeinheit zu wahren. Die Zulässigkeit eines Verzichts bei noch bestehendem öffentlichen Interesse an der Baulast ist daher abzulehnen.

Allerdings handelt es sich bei dieser Fragestellung weitgehend um ein Scheinproblem. Keine Bauaufsichtsbehörde verzichtet auf eine Baulast ohne einen konkreten Anlaß und schon gar nicht, wenn an ihr noch ein öffentliches Interesse fortbesteht. Wenn eine Behörde einen Verzicht erwägt, so beruht das darauf, daß infolge von Planungsänderungen, Bodenordnungsverfahren oder dergleichen das von der Baulast geförderte spezifische öffentliche Interesse in den Hintergrund getreten ist und von anderen öffentlichen Interessen überlagert wird. Auf Grund dieser veränderten Verhältnisse kann es dann tatsächlich sehr zweifelhaft sein, ob die Beibehaltung der Baulast im Hinblick auf die Gesamtplanung noch zweckmäßig und sinnvoll ist. Der Verzicht auf die Baulast läßt sich

1) Epenso Willigmann, Das Grundeigentum 1967 S. 120.

unter diesen Umständen trotz des an ihr formal fortbestehenden öffentlichen Interesses sachlich rechtfertigen; an einer Baulast, die einem spezifischen öffentlichen Interesse dient, die aber gegen andere überwiegende öffentliche Interessen verstößt, besteht eben kein "öffentliches Interesse" mehr.

§ 17 Die sonstigen Untergangsgründe

I. Die Problematik

Außer dem behördlichen Verzicht führt das Gesetz keine weiteren Untergangsgründe auf. Das schließt aber das Bestehen weiterer Untergangsgründe nicht aus. Im Einklang mit der von ihr für die Begründung der Baulast vertretenen Ansicht wendet die herrschende Meinung¹⁾ offenbar auch hinsichtlich des Untergangs der Baulast die Regeln des BGB für Willenserklärungen an. Demnach könnten Baulasterklärungen also ebenso wie privatrechtliche Willenserklärungen durch Anfechtung beseitigt werden, ebenso würden die sonstigen Untergangsgründe gelten. Ob und wie weit sich diese pauschale Übernahme der zivilrechtlichen Untergangsgründe mit den Besonderheiten der Baulast vereinbaren läßt, bedarf jedoch einer näheren Untersuchung. Zu einem sachgerechten Ergebnis kann man nur gelangen, wenn man die möglichen Untergangsgründe bzw. Mängel im Kausalverhältnis einzeln analysiert und die unterschiedlichen potentiellen Folgen eines Untergangs der Baulast berücksichtigt.

II. Die unmittelbaren Untergangsgründe

1. Den naheliegendsten und eindeutigsten Untergangsgrund bildet die Erfüllung²⁾, bei auflösend bedingten und befristeten Baulasten darüber hinaus noch der Eintritt der Be-

1) Siehe oben § 9 I (S. 86 und 87 Fn. 2)).

2) Krüger, FischersZ 42/323(1913); Apelt, FischersZ 44/Beil S. 63 (1914); Wolff I § 44 III e 1 (Erfüllung als Untergangsgrund für verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse).

dingung bzw. des Endtermins. Hat der Verpflichtete gemäß der Baulast eine Baracke abgerissen, Stellplätze angelegt oder eine Grenzmauer beseitigt, so hat er alles getan, wozu er verpflichtet war, eine weitere Verpflichtung besteht nicht mehr. Damit ist er frei geworden, ohne daß es noch eines ausdrücklichen Verzichts der Bauaufsichtsbehörde auf die Baulast bedürfte. Zwar entfällt mit der Erfüllung der Baulast gleichzeitig auch das öffentliche Interesse an ihr, dies berechtigt indessen nicht zu der Annahme, erst der nachfolgende Verzicht bringe die Baulast zum Erlöschen. Ein Verzicht setzt das Fortbestehen der Baulast voraus, dies ist aber gerade nicht mehr der Fall. Die Erfüllung der Baulast schafft deshalb nicht erst die Voraussetzungen für einen Verzicht, sondern sie führt den Untergang selbst unmittelbar herbei.

Der Unterschied und die Bedeutung der Erfüllung als ein selbständiger und vom Verzicht unabhängiger Untergangsgrund erweist sich in mehrfacher Hinsicht: das Baulastenverzeichnis wird mit der Erfüllung unrichtig, die Löschung der erfüllten Baulast ist deklaratorisch nicht konstitutiv, ggf. muß der Verpflichtete eine Berichtigungsklage (schlichte Leistungsklage¹⁾, nicht Verpflichtungsklage²⁾) erheben und eine auf die erfüllte Baulast gestützte Verfügung ist nicht nur einredebehaftet, sondern unmittelbar mangels einer Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig.

2. Ein anderer offensichtlicher Untergangsgrund außer dem Verzicht ist die nachträgliche objektive Unmöglichkeit. Wie

1) Es wird nur ein schlichtes Verwaltungshandeln, keine autoritative Regelung verlangt, vgl. oben § 11 VII (S. 112 f.).

2) Die Löschung erfolgt jedoch nur, wenn sich die Baulast völlig erschöpft hat und nicht zur Wahrung des durch ihre Erfüllung geschaffenen Zustandes erforderlich bleibt. Ist etwa auf Grund der Baulast ein Gebäude abgerissen worden, so kann die Baulast gelöscht werden, da sie keinerlei Wirkung mehr entfaltet; ist dagegen auf Grund der Baulast z.B. eine bauliche Anlage errichtet worden, so bleibt sie weiter erforderlich, um den geschaffenen Zustand zu bewahren. Würde sie gelöscht, so wäre der Verpflichtete nicht gehindert, den früheren Zustand wieder herzustellen, vgl. Wolff I § 54 I a 6.

im Zivilrecht¹⁾ gilt auch im öffentlichen Recht²⁾ der Satz: *impossibillum nulla est obligatio*. Die Unmöglichkeit kann sowohl tatsächlicher (die zu unterhaltende Anlage ist zerstört, das zu bepflanzende Grundstück dauernd überflutet) wie rechtlicher Art sein (die zu errichtende bauliche Anlage darf nicht erstellt werden, weil das Grundstück in einen Schutzbereich fällt und dem Zweck des Schutzbereichs zuwiderlaufen würde³⁾). Im einzelnen lassen sich die im Zivilrecht entwickelten Untergruppen der rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit zur Bestimmung heranziehen. Die Folgen der Unmöglichkeit entsprechen denen der Erfüllung: Das Baulastenverzeichnis wird unrichtig, die Löschung ist nur deklaratorisch usw.

3. Das eigentliche Problem liegt jedoch nicht in diesen mehr oder weniger selbstverständlichen Untergangsgründen, sondern darin, ob die Baulasterklärung angefochten und die Baulast damit durch eine Rechtshandlung des Übernehmers nachträglich beseitigt werden kann. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sind öffentlich-rechtliche Willenserklärungen gemäß den §§ 119 Abs. 1 und 123 BGB analog anfechtbar⁴⁾; eine gewisse Vermutung spricht daher auch für die Anfechtbarkeit der Baulast. Zum Teil wird jedoch der gegenteilige Standpunkt vertreten. Das vorgebrachte Argument, das öffentliche Interesse an einer dauerhaften Aufrechterhaltung des durch die Baulast gesicherten Zustandes erfordere den Ausschluß der Anfechtbarkeit, überzeugt indessen nicht, denn es unterstellt, daß das öffentliche Interesse vorrangig ist und das Interesse des Baulastübernehmers an der Beseitigung der Baulast immer überwiegt. Ob das zutrifft, ist aber gerade die Frage. Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, läßt

1) Vgl. im Zivilrecht die Kommentare zu § 275 BGB.

2) Vgl. Wolff I § 51 III (betreffend die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten).

3) § 3 SchutzberG.

4) Wolff I § 44 III a mwN.

sich die Anfechtbarkeit der Baulast ausschließen. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, welche Konsequenzen sich im Falle der Anfechtung der Baulasterklärung ergeben.

Die Anfechtung der Baulasterklärung hätte normalerweise zur Folge, daß die Baulast mit ex tunc Wirkung unterginge¹⁾, d.h., die Rechtslage wäre so anzusehen, als hätte die Baulast niemals existiert. Auf dem Grundstück ruhten dann lediglich die sonstigen gesetzlichen Verpflichtungen. Nur diese Verpflichtungen könnte die Bauaufsichtsbehörde durchsetzen und nur der Zustand wäre vorgeschrieben, der sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergibt. Welche weiteren Folgen eintreten, hänge jeweils davon ab, ob und welche Maßnahmen in der Zwischenzeit im Vertrauen auf die vermeintlich gültige Baulast getroffen worden sind. Zunächst ist zu unterscheiden, ob überhaupt schon etwas unternommen worden ist oder nicht.

a) Ist noch nichts unternommen worden, so ist auch noch kein Zustand eingetreten, der sich von dem Zustand unterscheidet, der auch ohne die Baulast bestünde. Der Nachbar hat noch nicht gebaut, die Anlage noch nicht errichtet, den Weg noch nicht angelegt; nichts hat sich auf Grund der Baulast geändert. Die Baulast hatte bis daher also noch keine aktuelle, sondern nur potentielle Bedeutung. Dementsprechend wirkt sich ihr Wegfall auch nicht auf den aktuellen, sondern höchstens auf den potentiellen Zustand aus. In der Gegenwart ändert sich nichts. Niemand würde durch den Wegfall unmittelbar geschädigt oder benachteiligt. Der einzige negative Erfolg bestünde darin, daß ein auf Grund der Baulast potentiell realisierbarer Zustand nun nicht mehr realisiert werden könnte.

aa) Auch an der Realisierung dieses potentiellen Zustandes besteht ein öffentliches Interesse, sonst wäre die Baulast

1) § 142 BGB analog.

von Anfang an unwirksam gewesen. Andererseits steht diesem öffentlichen Interesse ein Interesse des Baulastübernehmers an der Beseitigung der Baulast gegenüber. Der Baulastübernehmer hat ein Interesse daran, nur durch solche Baulasten verpflichtet zu sein, bei deren Entstehung alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt waren. Er will nicht auf Grund solcher Baulasterklärungen gebunden sein, die er nicht oder nicht in dieser Form hat abgeben wollen. Dieses Interesse ist auch rechtlich erheblich. Wie aus der Regelung des Anfechtungsrechts hervorgeht, mißt das Gesetz dem Interesse des Erklärenden an der Beseitigung seiner fehlerhaften Willenserklärung regelmäßig einen höheren Wert zu als dem Interesse des Erklärungsempfängers oder eines Dritten an der Erhaltung der Erklärung. Das Gesetz bringt damit unzweideutig zum Ausdruck, daß regelmäßig nur der unbeeinflusste, einwandfrei gebildete Wille Grundlage einer rechtlichen Verpflichtung ist. Die Interessen des Erklärungsempfängers oder eines Dritten werden dabei unter bestimmten Voraussetzungen durch den Ersatz des Vertrauensschadens geschützt¹⁾. Legt man diese allgemeine gesetzliche Wertung zugrunde, so hindert das bestehende öffentliche Interesse die Anfechtung der Baulast nicht.

bb) In einer Reihe von Fällen haben Rechtsprechung und Lehre diese gesetzliche Regelung jedoch durchbrochen und die Anfechtung von Willenserklärungen eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen²⁾. Dabei handelt es sich einmal um solche Fälle, in denen die Anfechtung der Willenserklärung mit ex tunc Wirkung zu untragbaren Ergebnissen führen, insbesondere die Rückabwicklung von Schuldverhältnissen auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen würde³⁾, zum anderen um sol-

1) § 122 BGB.

2) Vgl. Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960.

3) Meist bei Dauerschuldverhältnissen oder Gesellschaften (faktische Gesellschaft!); vgl. Brox a.a.O. S. 231 ff.

che Fälle, wo der nachträgliche Wegfall der Willenserklärung mit anderen gesetzlichen Wertungen unvereinbar wäre¹⁾. Es fragt sich daher, ob in Analogie zu diesen Ausnahmefällen die Anfechtbarkeit der Baulast beschränkt oder ausgeschlossen werden kann.

Die erste Fallgruppe gibt für eine Analogie nichts her. Solange noch nichts ins Werk gesetzt ist, ist auch nichts rückabzuwickeln; die Frage der *ex nunc* oder *ex tunc* Wirkung einer etwaigen Anfechtung stellt sich daher nicht. Die erste Fallgruppe scheidet daher aus. Dagegen könnte die zweite eine tragfähige Analogiebasis bilden, wenn der Wegfall der Baulast mit anderen gesetzlichen Wirkungen unvereinbar wäre, insbesondere wenn das öffentliche Interesse die Aufrechterhaltung der Baulast erforderte.

Indessen: erfordert das öffentliche Interesse die Aufrechterhaltung der Baulast? Solange noch nichts unternommen ist, beschränkt sich das öffentliche Interesse nur auf die Realisierung des potentiellen Zustandes. Die Baulast ist nur interessant, weil sie dessen Voraussetzung bildet. Aus diesem Grunde kann das öffentliche Interesse folglich die Aufrechterhaltung der Baulast nur dann erfordern, wenn die Realisierung des potentiellen Zustandes selbst im öffentlichen Interesse erforderlich ist. Das ist aber nicht der Fall. Wenn der Baulastübernehmer eine Bauwichbaulast übernommen und der Nachbar noch nicht gebaut hat, so erfordert das öffentliche Interesse keineswegs die Aufrechterhaltung der Baulast. Bei ihrem Wegfall tritt nur der vorherige kraft Gesetzes bestehende Rechtszustand wieder ein. Ebensowenig erfordert das öffentliche Interesse, daß die öffentliche Anlage noch errichtet, der Weg noch angelegt und die Grünfläche noch geschaffen wird, denn auf sie bestand vorher ja auch kein Anspruch. Was im öffentlichen Interesse erforderlich ist, er-

1) Bei sog. Erklärungen an die Öffentlichkeit, wie Beitritts-
erklärungen zu Gesellschaften z.B. RG 124/287 (Aktienge-
sellschaft), RG 68/309 (GmbH), RG 147/257 (Genossenschaft),
vgl. Brox a.a.O. S. 218 ff., 267 f.

gibt sich vielmehr ausschließlich aus dem Gesetz, nämlich die Beachtung der zwingenden baurechtlichen Vorschriften und die Einhaltung des daraus folgenden Zustandes. Die Realisierung eines durch eine fehlerhaft zustande gekommene Baulast ermöglichten potentiellen Zustandes gehört nicht dazu. Aus der Tatsache, daß die Baulast immer im öffentlichen Interesse liegt, folgt also keineswegs, daß das öffentliche Interesse ihre Aufrechterhaltung auch erfordert.

cc) Auf die Fälle, in denen auf Grund der Baulast noch nichts unternommen worden ist, lassen sich die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Ausnahmeregeln also nicht im Wege der analogen Rechtsanwendung übertragen. Es bleibt somit bei der gesetzlichen Regelung, wonach fehlerhafte Willenserklärungen durch Anfechtung rückwirkend beseitigt werden können. Die Anfechtungserklärung ist gegenüber der Bauaufsichtsbehörde abzugeben, und zwar im Fall des § 119 Abs. 1 BGB analog unverzüglich und im Fall des § 123 BGB analog binnen Jahresfrist. Im Gegensatz zu der Regel des § 123 Abs. 2 BGB wird dabei die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB analog wegen der nur formalen Rechtsbeziehung zwischen der Bauaufsichtsbehörde und dem Baulastübernehmer auch zulässig sein, wenn der Begünstigte, also formal ein Dritter, die Täuschung verübt hat. Hat der Begünstigte im Vertrauen auf die Gültigkeit der Baulast einen Schaden erlitten, so muß der Anfechtende diesen Schaden ersetzen, sofern der Begünstigte den Grund der Anfechtbarkeit nicht kannte oder infolge Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 122 BGB analog).

b) Ist dagegen auf Grund der Baulast schon etwas unternommen, etwas ins Werk gesetzt (ein Haus gebaut, eine Anlage errichtet) worden, so kann die obige Lösung nicht unesehen übernommen werden. Dann ist vielmehr zu unterscheiden, ob der bei einem Wegfall der Baulast eintretende Zustand rechtmäßig oder rechtswidrig wäre.

aa) Rechtswidrig wäre der Zustand immer dann, wenn das, was ins Werk gesetzt worden ist, aus baurechtlichen Gründen

nicht ohne die Baulast hätte geschaffen werden können, wenn, in anderen Worten, die Baulast die Voraussetzung für die materielle Legalität der geschaffenen baulichen Anlage bildet. Hängt die materielle Legalität des Bauwerkes von Anfang an von der Baulast ab, so hängt sie auch von ihrem Fortbestand ab. Entfällt die Baulast, so entfällt auch die materielle Legalität. Der dadurch eintretende Zustand wäre - was besonders ins Gewicht fällt - überdies nicht nur vorübergehend, sondern, da die bauliche Anlage regelmäßig ordnungsgemäß genehmigt und damit formell legal ist, dauernd. Der Wegfall der Baulast hätte also ungleich schwererwiegende Folgen. Infolgedessen ist auch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Baulast ungleich viel größer. Das öffentliche Interesse beschränkt sich in diesem Fall nicht auf die Realisierung eines zwar nützlichen, nicht aber erforderlichen potentiellen Zustandes, sondern richtet sich auf die Aufrechterhaltung eines aktuellen und die Verhinderung eines rechtswidrigen Zustandes; der Wegfall der Baulast hätte nicht die Wiederherstellung des bisherigen gesetzmäßigen Zustandes zur Folge, sondern führte zum Eintritt eines neuen rechtswidrigen. Darin liegt der entscheidende Unterschied. Die Aufrechterhaltung der Baulast ist in diesem Falle also nicht nur nützlich, sondern geboten; hier überwiegt das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Baulast das private Interesse an deren Beseitigung. Wenn schon etwas ins Werk gesetzt worden ist und bei Wegfall der Baulast ein rechtswidriger Zustand eintreten würde, ist in Analogie zu den zivilrechtlichen Ausnahmefällen die Anfechtung der Baulast daher ausgeschlossen¹⁾.

1) Als bisher einziger hat Rieß (PrVwBl. 46/511) die Möglichkeit einer differenzierenden Lösung angedeutet, der sich gegen die in dem von ihm erörterten preußischen Entwurf eines Städtebaugesetzes vorgesehene uneingeschränkte Anfechtbarkeit wandte und darauf hinwies, daß "bald dieselbe Frage wie im Handelsregisterrecht (z.B. Aktienzeichnungen)" auftauchen werde, ob eine Baulasterklärung anfechtbar ist. Allgemein verneint die Anfechtbarkeit öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen G. Küchenhoff a.a.O. S. 320, "wenn die Rechtswirkungen der Erklärung über den Kreis der unmittelbar am Vorgang beteiligten Personen hinausgeht".

bb) Wiederum anders liegen die Verhältnisse, wenn zwar schon etwas ins Werk gesetzt worden ist, der Wegfall der Baulast aber nicht zu einem rechtswidrigen Zustand führen würde. Solche Fälle liegen etwa vor, wenn der Eigentümer auf Grund der Baulast sein Grundstück bepflanzt, einen Grenzzaun aufgestellt oder wenn die Gemeinde eine Anlage errichtet oder einen Weg angelegt hat, wobei die Baulast aber jeweils keine notwendige Voraussetzung für die materielle Legalität des jeweils geschaffenen Zustands bildet. In diesen Fällen hätte der Wegfall der Baulast zur Folge, daß der schon realisierte oder im Stadium der Realisierung befindliche Zustand entweder bestehen bleiben kann (die Bepflanzung, der Grenzzaun), oder aber auf Verlangen des Eigentümers nunmehr beseitigt werden muß (die von der Gemeinde angelegte Anlage) und daß daher möglicherweise Aufwendungen vergeblich gemacht worden sind und / oder noch gemacht werden müssen. Soweit der Eigentümer diese Aufwendungen gemacht hat oder machen muß, kann das für die Öffentlichkeit gleichgültig sein. Soweit die Aufwendungen jedoch zu Lasten der Öffentlichkeit fallen, werden sie für das öffentliche Interesse relevant. Daraus ergibt sich: soweit nur der Eigentümer betroffen ist, ist die Aufrechterhaltung der Baulast zwar (wie immer) nützlich, aber keineswegs erforderlich, so daß das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung aus den oben erörterten Gründen hinter dem Beseitigungsinteresse des Baulastübernehmers zurück tritt; soweit die Öffentlichkeit dagegen nutzlose Aufwendungen gehabt hat und / oder neue Aufwendungen erbringen müßte, tritt ein weiteres fiskalisches Interesse an der Aufrechterhaltung der Baulast hinzu.

Auch dieses zusätzliche fiskalische Interesse kann indessen nicht den Ausschlag zugunsten eines Ausschlusses der Anfechtbarkeit geben. Die Interessenlage entspricht derjenigen, die bestünde, wenn sich der Eigentümer nicht auf Grund einer Baulast, sondern etwa auf Grund einer Dienstbarkeit zur Duldung der öffentlichen Anlagen usw. verpflichtet hätte. Wird aber eine Dienstbarkeit später wirksam angefochten, so entfällt damit die Duldungs- und Unterlassungspflicht und der

Eigentümer kann die Beseitigung der noch so sehr im öffentlichen Interesse liegenden Anlage (oder seine Enteignung) verlangen. Der Begünstigte ist durch Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens hinreichend geschützt. Dies muß für die Baulast entsprechend gelten. Auch wenn auf Grund der Baulast schon etwas ins Werk gesetzt worden ist und durch den Wegfall der Baulast vergebliche Aufwendungen gemacht worden sind oder gemacht werden müßten, kann die Baulast daher mit rückwirkender Kraft angefochten werden; die Anfechtung ist nur ausgeschlossen, soweit durch den Wegfall der Baulast ein rechtswidriger Zustand entstände.

III. Die Wirkung von Mängeln des Kausalverhältnisses

Bisher wurden nur die direkten Untergangsgründe der Baulast erörtert. Es bleibt daher noch offen, welchen Einfluß etwaige Mängel des der Baulast zugrunde liegenden Kausalverhältnisses auf die Baulast haben. Da wegen des Abstraktionsprinzips die Wirksamkeit der Baulast vom Bestand oder Fortfall des Kausalverhältnisses unmittelbar unabhängig ist, können Mängel allenfalls Bereicherungs- oder Rücktrittsansprüche auslösen. Das ist im deutschen Recht bei Mangelhaftigkeit des Grundverhältnisses der Regelfall; bei Vorliegen eines Rücktrittsgrundes oder bei Rechtsgrundlosigkeit der Leistung kann das Geleistete nach den §§ 346 ff. bzw. 812 ff. BGB zurückverlangt werden.

Angewandt auf die Baulast würde dies bedeuten, daß der Baulastübernehmer bei Nichtigkeit des Kausalverhältnisses bzw. bei rechtmäßigem Rücktritt die "Rückgabe" der Baulast, d.h. den Verzicht auf die Baulast seitens der Bauaufsichtsbehörde, verlangen könnte. Einem Verzicht steht wiederum einerseits das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Baulast und andererseits das Interesse des Baulastübernehmers an ihrer Beseitigung gegenüber. Wiederum besteht also der Konflikt zwischen dem Aufrechterhaltungsinteresse und dem Beseitigungsinteresse; die Interessenlage ist die gleiche wie beim Vorliegen eines Anfechtungsgrundes. Der Konflikt

ist daher auch in der gleichen Weise zu lösen; mangels besonderer relevanter Gesichtspunkte muß für einen mittelbaren Untergangsgrund in dieser Hinsicht dasselbe wie für einen unmittelbaren gelten¹⁾. Im Ergebnis kann daher der Baulastübernehmer bei Mängeln des Kausalverhältnisses von der Bauaufsichtsbehörde den Verzicht auf die Baulast beanspruchen, sofern nicht auf Grund der Baulast schon etwas ins Werk gesetzt worden ist und der bei dem Verzicht eintretende Zustand rechtswidrig wäre.

VII. Kapitel: Das Baulastenverzeichnis

§ 18 Die Einrichtung und Führung des Baulastenverzeichnis-

§§§

I. Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften

Das Gesetz enthält keine Vorschriften darüber, wie das Baulastenverzeichnis einzurichten und zu führen ist. Die Regelung der Einzelheiten bleibt daher der jeweiligen Landesregierung bzw. dem jeweiligen Fachminister überlassen. Von dieser Befugnis haben die Fachminister durch den Erlaß von weitgehend übereinstimmenden "Richtlinien für die Einrichtung und Führung des Baulastenverzeichnisses"²⁾ Gebrauch gemacht. Diese Richtlinien treffen im wesentlichen folgende Bestimmungen:

1. Zuständig für die Führung des Baulastenverzeichnisses ist die untere Baugenehmigungsbehörde bzw. in Baden-Württem-

1) A.A. Füsslein, DVBl. 65/272 (Zwar könne die Baulast selbst von einem Nichtigkeitsgrund erfaßt und damit nichtig sein, die Anfechtung des mangelhaften Kausalverhältnisses oder der Rücktritt davon hätten auf den Bestand der Baulast aber keinen Einfluß).

2) NW MinErl. vom 15.7.1963 (SMBl. 23210); BW MinErl. vom 23.4.1965 (GABl. S. 237).

berg die Gemeinde¹⁾). Das Verzeichnis wird jeweils für das Gebiet einer Gemeinde geführt, ggf. ist eine weitere Untergliederung möglich. Das Verzeichnis kann in festen Bänden, Loseblattheften oder als Kartei angelegt werden und besteht aus einzelnen Baulastenblättern.

2. Jedes Grundstück erhält ein eigenes Baulastenblatt, das mehrere Seiten umfassen kann. Das Baulastenblatt ist bei der ersten Eintragung anzulegen. Es hat ein DIN A 4 Format und besteht aus dem Kopf und Eintragungsteil.

a) Im Kopf sind anzugeben: die Seiten des Baulastenblattes, die Nummer des Blattes, die Bezeichnung des Grundstücks nach Gemeinde, Straße (Platz, Weg) und Hausnummer und die Bezeichnung des Grundstücks nach dem Liegenschaftskataster.

b) Der Eintragungsteil besteht aus 3 Spalten, und zwar Spalte 1: laufende Nummer; Spalte 2: Inhalt der Eintragung und Spalte 3: Bemerkungen.

Reicht die erste Seite des Baulastenblattes für weitere Eintragungen nicht mehr aus, so sind nach Bedarf weitere Seiten nachzuheften bzw. weitere Karteikarten einzustellen. Das Baulastenblatt für jedes Grundstück ist mit fortlaufenden Seitenzahlen zu versehen. Umfaßt ein Baulastenblatt mehr als eine Seite, so ist die Nummer der folgenden Seite unten rechts anzugeben.

3. Eintragungen in das Baulastenverzeichnis dürfen nur auf Grund einer besonderen Eintragungsverfügung vorgenommen werden. Die Eintragungsverfügung ist auf die Urschrift der Baulasterklärung zu setzen oder mit ihr zu verbinden. Die Baulasterklärung und die Eintragungsverfügung sind nach erfolgter Eintragung in das Baulastenverzeichnis zu den Bauakten des belasteten Grundstücks zu nehmen.

4. Jede Eintragung ist von dem zuständigen Bediensteten unter Angabe des Tages, an dem sie erfolgt, zu unterschreiben. Als Tag der Eintragung ist der Tag anzugeben, an dem die Eintragung unterschrieben wird. Die Eintragung muß die

1) § 100 I nw BauO; § 109 III bw BauO; § 105 III bln BauO;
§ 107 I sh BauO.

übernommene Verpflichtung hinreichend bestimmt bezeichnen. Hierbei kann auf Bauakten und insbesondere Lagepläne Bezug genommen werden. Steht im Zeitpunkt der Baulastübernahme noch nicht fest, ob sämtliche Voraussetzungen vorliegen und bedarf es daher noch einer Prüfung seitens der Bauaufsichtsbehörde, so empfiehlt es sich (in den "Richtlinien" nicht vorgesehen) zur Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen wenigstens eine Vormerkung einzutragen¹⁾. Die Eintragungen sind mit fortlaufenden Nummern zu versehen, die in Spalte 1 eingetragen werden. Bezieht sich die neue Eintragung auf eine frühere Eintragung, so ist dies in Spalte 3 zu vermerken; außerdem können in Spalte 3 neben den Vermerken der Änderungen noch Hinweise auf die Bauakten oder auf andere Grundstücke eingetragen werden. Gelöschte oder geänderte Eintragungen werden rot durchgestrichen.

5. Nach der Eintragung erhalten der Baulastübernehmer, der Eigentümer eines etwa begünstigten Grundstücks und die Gemeinde, sofern diese nicht selbst das Baulastenbuch führt, eine beglaubigte Abschrift.

6. Ist ein Baulastenblatt infolge vieler Änderungen oder Löschungen unübersichtlich geworden, so ist das Blatt zu schließen und umzuschreiben. Bei der Umschreibung verweist das neue Baulastenblatt auf das geschlossene und das geschlossene auf das neue. Der Inhalt gelöschter Eintragungen wird nicht in das neue Baulastenblatt übertragen, sondern nur die Nummern der gelöschten Eintragungen und in Spalte 2 ein Lösungsvermerk.

1) Die Vormerkung braucht die vorgemerkte Baulast nur stichwortartig zu kennzeichnen, etwa: "Vormerkung einer Bauwichlast" und kann im übrigen auf die Baulast und ggf. auf die dazugehörige Bauakte verweisen. Die Vormerkung hat gegenüber der sofortigen Eintragung der zweifelhaften Baulast den Vorteil, daß, wenn sich das Fehlen der Voraussetzungen der Baulast später herausstellt, ein umständliches Lösungsverfahren (Anhörung der Beteiligten!) vermieden wird. Vgl. auch oben § 11 VI 2 (S. 110 ff.).

II. Sonstige Eintragungen

Außer Baulasten können in das Baulastenverzeichnis noch "Auflagen, Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalte", also Nebenbestimmungen¹⁾ zu Verwaltungsakten sowie in Baden-Württemberg und Berlin zusätzlich "sonstige baurechtliche Verpflichtungen" eingetragen werden²⁾. Die Eintragung hat in allen Fällen lediglich deklaratorische Wirkung³⁾ und dient dem Schutz derjenigen, die das betroffene Grundstück oder ein Recht an diesem Grundstück erwerben wollen. Ob die Bauaufsichtsbehörde die Nebenbestimmungen bzw. sonstigen baurechtlichen Verpflichtungen einträgt, steht in ihrem Ermessen. Falls sie eintragen will, erfolgt die Eintragung zweckmäßigerweise jeweils erst nach Unanfechtbarkeit der Nebenbestimmung bzw. Verpflichtung. Nicht einzutragen werden regelmäßig solche Auflagen sein, die nur ein einmaliges Tun, Dulden oder Unterlassen betreffen⁴⁾, wohl dagegen wegen ihrer Bedeutung Mehrwertverzicht nach § 32 BBauG⁵⁾ und Anerkenntnisse nach § 33 BBauG⁶⁾. Diese beiden Arten von Erklärungen wird man, obwohl sie "sonstige baurechtliche Verpflichtungen" begründen, praeter legem auch in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein eintragen dürfen, um ihre allgemein für wünschenswert gehaltene Publizität zu erreichen.

1) Vgl. näher Wolff I § 49 mwN.

2) § 109 II Nr. 1 bw BauO, § 108 II Nr. 1 bln BauO.

3) Begründung zur MusterbauO a.a.O. S. 145. Die bloß deklaratorische Wirkung der Eintragung ist aber selbstverständlich, weil in anderen Ländern, in denen ein Baulastenverzeichnis nicht existiert, derartige Nebenbestimmungen ohne weiteres gültig sind.

4) So ausdrücklich Ziff. 7 der Erlasse.

5) Siehe dazu oben § 6 IV 2 a (S. 64 ff.).

6) Oben § 6 IV 2 b bb) (S. 69).

VIII. Kapitel: Würdigung der Baulast

§ 19 Die praktische Bedeutung der Baulast

I. Allgemeines

In den bisherigen Kapiteln wurden die Einzelheiten der Baulast: Geltungsbereich, Entstehung, Inhalt, Wirkung und Unter-
gang behandelt. Den dabei zur Veranschaulichung verwendeten
Beispielen lagen fast ausschließlich solche Fälle zugrunde,
bei denen die Baulast ihrem traditionellen Zweck, der Ermög-
lichung von Bauvorhaben diene. Das besagt jedoch nicht, daß
dies die einzigen oder im wesentlichen einzigen Anwendungs-
fälle der Baulast darstellen. Sie wurden lediglich aus Zweck-
mäßigkeitsgründen als repräsentativ ausgewählt, weil sie so-
wohl für den Gesetzgeber völlig im Vordergrund gestanden ha-
ben, wie auch heute noch im Schrifttum die herausragende
Rolle spielen. Tatsächlich gibt es aber noch eine Reihe
weiterer wichtiger, zum Teil noch nicht erkannter Anwen-
dungsfälle, die der Baulast eine über ihren bisherigen Um-
fang weit hinausgehende Bedeutung verleihen. Die Anwendungs-
fälle werden im folgenden systematisch zusammengestellt.

II. Die einzelnen Anwendungsfälle

Insgesamt lassen sich vier verschiedene Gruppen von Anwen-
dungsfällen unterscheiden:

1. Die erste und wichtigste Gruppe bilden diejenigen Fälle,
in denen die Baulast übernommen wird, um eine auf öffent-
lich-rechtlichen Vorschriften beruhende Eigentumsbeschrän-
kung im weitesten Sinn zu mildern oder zu beseitigen. Diese
Gruppe umfaßt alle die Anwendungsfälle, in denen die Baulast
als Mittel zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit fun-
giert.

a) Zu dieser Gruppe gehören vor allem die hinlänglich erör-
terten Baulasten zur Ermöglichung von Bauvorhaben. Sie
können, wie erwähnt, sowohl zugunsten eines anderen (meist

des Nachbarn) wie auch zugunsten des Übernehmers selbst übernommen werden und bewirken, daß ein zuvor unzulässiges Bauvorhaben nunmehr entweder genehmigt werden muß oder zumindest dispensiert werden kann. Die Bedeutung der Baulast besteht in diesen Fällen in der Wiederherstellung der Baufreiheit.

b) Zu dieser Gruppe gehören weiter Baulasten zur Abwendung von behördlichen Maßnahmen. Was für die Abwendung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen gilt, gilt entsprechend auch für die Abwendung von Eigentumsbeschränkungen auf Grund behördlicher Eingriffe. Gibt die Bauaufsichtsbehörde dem Eigentümer durch Verfügung auf, bestimmte Maßnahmen in bezug auf sein Grundstück zu treffen, so ist ihm auf Antrag zu gestatten, statt dessen eine Baulast zu übernehmen, die die mit der Verfügung bezweckte Wahrung des Gesetzes ebensogut gewährleistet¹⁾. Die Baulast dient hierbei also als Austauschmittel.

Relevant wird diese Möglichkeit hauptsächlich, wenn die Bauaufsichtsbehörde den Eigentümer zur Beseitigung von mittels einer Baulast behebbaren Mängeln auffordert (z.B. kann der Abbruch eines wegen Nichteinhaltung des seitlichen Grenzabstands materiell rechtswidrigen Gebäudes durch Übernahme einer Bauwichbaulast seitens des Nachbarn verhindert werden) oder wenn sich durch Baulasten ein Umlegungs- oder Grenzregelungsverfahren vermeiden läßt. Besonders das zweite Beispiel veranschaulicht die großen Möglichkeiten der Baulast: Anstelle einer zwangsweisen, unter teilweisem Entzug des Eigentums erfolgenden Umlegung oder einer durch Austausch oder einseitige Zuteilung von Teilen benachbarter Grundstücke durchzuführenden Grenzregelung kann häufig - unter Aufrechterhaltung der bestehenden Eigentumsverhältnisse - durch Baulasten ein dem öffentlichen Interesse an einer ordnungsmäßigen Bebauung und Erschließung voll gerecht werdender Zustand herbeigeführt werden. Die Baulast ermöglicht es in diesen Fällen also nicht nur, eine Eigentumsbeschränkung zu mildern, sondern sogar einen völligen Eigentumsentzug zu verhindern.

1) Gemäß § 21 OBG bzw. den entsprechenden Polizeigesetzen der anderen Länder.

c) Zur ersten Fallgruppe gehören schließlich diejenigen Fälle, in denen die Baulast zur Erlangung einer Auflassungs- bzw. Teilungsgenehmigung verwendet werden kann. Diese Untergruppe hängt mit der ersten Untergruppe teilweise eng zusammen. Soweit eine Genehmigung für eine Auflassung zum Zwecke der Bebauung erforderlich ist, bezweckt sie nur den Schutz des Erwerbers¹⁾, der das Grundstück nicht vergeblich erwerben soll und der deshalb bei Erteilung der Genehmigung einen Anspruch auf eine Baugenehmigung erlangt²⁾. Daher sind schon im Auflassungsgenehmigungsverfahren alle Gesichtspunkte zu prüfen, die dem beabsichtigten Bauvorhaben entgegenstehen; die Prüfung wird also gegenüber dem normalen Baugenehmigungsverfahren vorverlegt. Da infolgedessen die Ablehnungsgründe für die Bodenverkehrsgenehmigung die gleichen sind wie für eine Baugenehmigung, sind auch die Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung mittels geeigneter Baulasten die gleichen. Müßte eine Bodenverkehrsgenehmigung beispielsweise nur deshalb abgelehnt werden, weil die Erschließung des beabsichtigten Bauvorhabens nicht gesichert ist, oder das Grundstück nicht die erforderliche Größe aufweist, so kann eine Baulast auf Übernahme der Erschließungskosten oder eine Flächenanrechnungsbaulast des Nachbarn diesen Mangel beheben und dem Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung verleihen.

Ähnlich steht es mit der Teilungsgenehmigung. Das Genehmigungserfordernis für die Teilung von Grundstücken dient der Verhinderung baurechtswidriger Zustände. Die Teilungsgenehmigung darf nur erteilt werden, wenn die durch die Teilung entstehenden Grundstücke nach Form, Zuschnitt und Größe in vollem Umfang bebaubar bleiben³⁾. Weist auch nur einer der Teile eine zu geringe Baurichtzahl oder eine zu geringe Breite auf, so muß die Genehmigung versagt werden⁴⁾. Genauso wie

1) Amtliche Begründung bei Heitzer-Oestreicher § 19 Anm. 2; Gelzer, Bauplanungsrecht § 235.

2) § 21 BBauG.

3) Vgl. die Kommentare zu § 20 BBauG.

4) Siehe das Beispiel (a) bei Gelzer, Bauplanungsrecht § 239 S. 269.

die Baulast aber bei einem von Anfang an zu kleinen oder zu schmalen Grundstück nachträglich die Voraussetzungen für dessen Bebaubarkeit schaffen kann, kann sie die Voraussetzungen auch für ein Grundstück schaffen, das durch die Teilung künftig unbebaubar würde. Wird daher zugleich mit der Teilung eine die zu geringe Breite oder Größe des Grundstücks ausgleichende Baulast übernommen (der Nachbar verpflichtet sich, eine der fehlenden Fläche größenmäßig entsprechende angrenzende Fläche unter Nichtanrechnung bei einem späteren Bauvorhaben freizuhalten), so wird der Mangel damit ohne weiteres geheilt. Hinderungsgründe stehen nun nicht mehr entgegen, die Genehmigung muß erteilt werden. Mit Hilfe einer Baulast können demnach sowohl Auflassungs- wie Teilungsgenehmigungen erzwungen und damit der Mobilität des Eigentums entgegenstehenden Beschränkungen beseitigt werden¹⁾.

1) Da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach überwiegender Meinung Verfassungsrang hat (vgl. insbesondere BVerfGE 7/388 ff.; Dürig, AöR 81/146 und Maunz-Dürig, Grundgesetz Art. 2 Rdn. 61 ff.; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1960, S. 29 ff. mwN), fragt sich, ob nicht die Länder zur Einführung der Baulast überhaupt verpflichtet sind. Vor allem bei Zugrundelegung der Formel des BGH, wonach ein Grundrecht durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet wird, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt wird, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend (Hervorhebung v. Verf.) gebietet, und wonach der Eingriff nur bei zwingender Notwendigkeit und in der nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden darf und von dem Bestreben geleitet sein muß, dem Grundrecht größtmöglichen Raum zu lassen (BGH ST 4/376 f. = DVBl. 1953/371; BGH ST 4/392 = DVBl. 53/472 f.; BGH DöV 55/729 ff.; ähnlich das BayObLG DVBl. 55/195; OLG Köln, NJW 53/1846; OVG Lüneburg, DVBl. 55/188 und DVBl. 55/540; diese Formel wird allerdings kritisiert, weil sie die Grundrechte relativiert, vgl. BVerwG 1/272 f.; 2/299 ff.; 4/36 f.; NJW 55/1773; E.R. Huber, DöV 56/1427; H. Krüger, DöV 55/598), muß eine derartige Verpflichtung angenommen werden. Weder mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 noch dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG läßt es sich vereinbaren, daß unter denselben Umständen, beispielsweise im Zusammenhang mit einer Grenzregelung, in dem einen Bundesland das Eigentum entzogen wird, während in dem anderen die Entziehung durch den Eigentümer auf einfache Weise abgewendet werden kann.

2. Die zweite Gruppe bilden die Fälle, in denen der Unternehmer die Baulast aus freien Stücken, sei es unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten der Allgemeinheit oder eines öffentlichen Unternehmens übernimmt. Der Unternehmer erstrebt hier mit der Baulast keinen privaten Vorteil, sondern will der Öffentlichkeit eine Vergünstigung zuwenden (z.B. sein Grundstück als Park oder Grünfläche zur Verfügung stellen oder einen öffentlichen Weg dulden). Größere Bedeutung hat diese Fallgruppe bisher nicht, denn philanthropische Betätigungen pflegen regelmäßig in privatrechtlicher Form zu erfolgen. Das Rechtsinstitut der Baulast ist als dazu geeignetes Mittel noch nicht hinreichend bekannt.

3. Wiederum anders geartet ist die dritte Gruppe. Sie umfaßt die Anwendungsmöglichkeiten der Baulast als Mittel zur Sicherung der Planung und künftigen baulichen Gestaltung. Obwohl von diesen Möglichkeiten, soweit ersichtlich, in der Praxis bisher noch kein Gebrauch gemacht worden ist, bietet sich hier ein weites Feld. Die Verwendbarkeit der Baulast zur Sicherung der Planung und künftigen baulichen Gestaltung folgt daraus, daß die Baulast in bezug auf ein Grundstück alle Festsetzungen treffen kann, die sich aus dem Gesetz oder einem Bebauungsplan ergeben können. Dort, wo keine, oder nur wenige oder unvollständige baurechtliche Festsetzungen bestehen, kann die Baulast erstmalige, zusätzliche oder vervollständigende Festsetzungen schaffen. Sie kann Baurichtzahlen angeben, Baulinien, -grenzen, -tiefen und Seitenabstände festlegen, Größe, Höhe, Art und Form baulicher Anlagen bestimmen sowie Art und Umfang der Nutzung regeln, kurz: ein Grundstück sowohl bauplanerisch wie baugestalterisch völlig binden. Sofern sich die Eigentümer eines bestimmten Gebietes zur Übernahme entsprechender Baulasten bereit fänden, könnte ein Netz von Baulasten theoretisch sogar einen Bebauungsplan überflüssig machen.

Nun wird ein Privatmann allerdings meist wenig geneigt sein, auf seinem Grundstück zusätzliche weitere Baulasten zu übernehmen, nur um die Planungsziele der Gemeinde zu fördern. Er ist nicht daran interessiert, seine ohnehin beschränkte

Baufreiheit weiter einzuschränken. Praktisch kommt die Baulast als Mittel zur Sicherung der Planung und Baugestaltung daher nur für öffentlich-rechtliche Körperschaften und Unternehmen in Betracht. Da aber gerade heute die Gemeinden häufig über erhebliches Grundeigentum verfügen, das sie der Bebauung zugänglich machen, bleibt für die Baulast in dieser Funktion ein großer potentieller Anwendungsbereich.

a) Immer wenn Gemeinden Grundstücke zum Zwecke der Bebauung verkaufen oder mit Erbbaurechten belasten, haben sie ein erhebliches Interesse daran, daß die Bebauung mit ihrer Gesamtplanung im Einklang steht und baugestalterisch ihren Vorstellungen entspricht. Diese planerische und baugestalterische Konformität mit den Zielen der Gemeinde wird meist durch einen vorhandenen Bebauungsplan bzw. die sonstigen gesetzlichen Vorschriften gewährleistet. Häufig ist das jedoch auch nicht oder nicht im gewünschten Maße der Fall, sei es, weil die Gemeinde zusätzliche baurechtliche Festsetzungen für erforderlich hält, oder weil (insbesondere im Innenbereich) die gesetzlichen Vorschriften eine der langfristigen Planung der Gemeinde zuwiderlaufende Bebauung gestatten würden. In diesen Fällen hatte die Gemeinde bisher nur entweder die Möglichkeit, in dem Vertrag mit dem Erwerber bzw. Erbbauberechtigten weitere privatrechtliche Beschränkungen zu vereinbaren oder aber die Veräußerung bzw. Belastung der Grundstücke zu unterlassen. Beide Alternativen sind jedoch mißlich. Die Vereinbarung weiterer Beschränkungen ist mißlich, weil diese nur schuldrechtliche Wirkung haben¹⁾, also den Rechtsnachfolger nicht binden und überdies nicht im Baugenehmigungsverfahren, sondern nur in einem Zivilverfahren geltend gemacht werden können²⁾, und die Unterlassung der Veräußerung bzw. Belastung

1) Zur Problematik einer Sicherung der Vereinbarungen durch Dienstbarkeiten vgl. unten § 19 III (S. 162 f.).

2) Die Baugenehmigung wird ausdrücklich "unbeschadet privater Rechte Dritter" erteilt. Dienstbarkeiten können im Baugenehmigungsverfahren daher nicht geltend gemacht werden (a.A. die vereinzelte Entscheidung BVerwG NJW 1965/551; dagegen mit Recht Wolff III § 136 V b 3; Schuegraf, NJW 65/928; Kienzle, NJW 65/1497; Menger, VerwArch. 1965/386).

ist mißlich, weil sie zu einer unerwünschten Immobilisierung des gemeindlichen Grundeigentums führt. Die Vereinigung beider Vorteile, der Ausgabe der Grundstücke unter gleichzeitiger Beibehaltung der gemeindlichen Kontrolle über die künftige Bebauung und Gestaltung, war in diesen Fällen also bisher nicht oder nur unvollkommen möglich.

b) Hier hilft nunmehr die Baulast. Mit Hilfe der Baulast kann die Gemeinde (bzw. eine sonstige Körperschaft oder ein sonstiges Unternehmen) nunmehr beide Ziele dadurch erreichen, daß sie auf ihren Grundstücken vor der Ausgabe die erforderlichen und im öffentlichen Interesse liegenden Baulasten übernimmt¹⁾. Da die Baulasten gegen jeden Rechtsnachfolger wirken, wird auf diese Weise die Einhaltung einer bestimmten Bebauung und baulichen Gestaltung dauernd gesichert. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen:

aa) Wäre es aus planerischen Gründen wünschenswert, auf einem im Bereich eines Bebauungsplans gelegenen, größeren Grundstück ein künftiges Bauvorhaben nur in der Nordostecke zu errichten, nach dem Bebauungsplan aber eine Bebauung an einer anderen Stelle ebenso zulässig, so könnte die Gemeinde vor der Veräußerung die Bebauung der Nordostecke durch Baulasten sicherstellen. Oder eine im Bebauungsplan nicht vorgesehene architektonische Gestaltung erweist sich als zweckmäßig; sie kann durch Baulasten ebenfalls gesichert werden. Oder die Verwendung einer bestimmten Art von Materialien oder eine bestimmte bauliche Konstruktion oder Formgebung erscheinen sinnvoll - auch sie kann die Gemeinde durch Baulasten festlegen. Jeweils hat es die Gemeinde also in der Hand, baurechtliche Einzelheiten noch weiter als im Bebauungsplan geschehen zu präzisieren. Weiterhin ermöglicht die Baulast, die jeweils erforderlichen Festsetzungen für einen späteren Anschluß- und Benutzungszwang zu treffen. Diese Möglichkeit

1) Entgegen Metz, Verwaltungspraxis 1966/131, kann die Baulast infolge ihrer Unabhängigkeit von einem konkreten Bauverfahren also sehr wohl als ein Instrument der Planung eingesetzt werden.

wird insbesondere praktisch, wenn die Gemeinde etwa in einem neu erschlossenen Baugebiet ein zentrales Heizwerk errichten will¹⁾, denn der spätere Anschluß- und Benutzungszwang setzt die Eignung der anzuschließenden baulichen Anlagen voraus. Auf diese Voraussetzung hat man in der Praxis manchmal nicht genügend geachtet. Es kam daher vor, daß sich die neu errichteten Bauten teilweise nicht anschließen ließen und das Heizwerk infolgedessen nur teilweise ausgelastet wurde und unrentabel arbeitete. Solche Nachteile lassen sich künftig durch die vorherige Übernahme geeigneter Baulasten vermeiden.

bb) Im Bereich eines Bebauungsplans besteht für weitere Festsetzungen - mit Ausnahme der im letzten Beispiel genannten - allerdings selten ein dringendes Bedürfnis, da Bebauungspläne meist hinreichend präzise ausgearbeitet sind. Größere potentielle Bedeutung wird die Baulast als Mittel zur Sicherung der Planung und baulichen Gestaltung im Innenbereich haben, weil dort die zulässige Bebauung und bauliche Gestaltung ausschließlich von der vorhandenen Bebauung abhängt und damit weniger detailliert und vor allem weit weniger zukunftsorientiert festgelegt ist. Das gilt vor allem in Sanierungs- und ähnlichen Gebieten, die in der Zukunft einer Umstrukturierung bedürfen. Wenn die Gemeinde in derartigen Gebieten ein Grundstück verkauft, so muß sie damit rechnen, daß der Erwerber ein nach der gegenwärtigen Bebauung zwar zulässiges, der zukünftigen Planung aber zuwiderlaufendes Bauvorhaben, etwa ein kasernenartiges Mietshaus mit extrem hoher Grundflächen- oder Geschoßflächenzahl errichtet. Damit wäre aber die künftige Umstrukturierung ernstlich gefährdet. Die Gemeinde müßte daher den Verkauf bis zu der möglicherweise noch länger dauernden Durchführung der Planung aufschieben, falls sie nicht auf andere Weise die Durchführbarkeit der Planung sicherstellt. Gerade dazu befähigt sie die Baulast: durch Übernahme geeigneter Baulasten kann sie die Regelung der künftigen Bebauung schon vor Erlaß eines Bebauungsplans weitgehend vorwegnehmen.

1) Das Beispiel stammt von Prof. Dr. H.J. Wolff.

cc) Die größte Bedeutung dürfte der Baulast im Außenbereich zukommen. Stellt die Gemeinde beispielsweise, wie häufig, Land für landwirtschaftliche Betriebe (etwa Aussiedlerhöfe) oder für Bauvorhaben, die wegen ihrer besonderen Anforderungen an die Umgebung, ihrer nachteiligen Wirkungen oder ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich durchgeführt werden können, zur Verfügung, so fehlt es ihr regelmäßig an einer wirksamen Kontrolle, wo, wie und in welcher Weise die Bauvorhaben ausgeführt werden. Denn nach den gesetzlichen Bestimmungen können der Hof, die Mästerei, die Fabrik oder das Werk an irgendeiner geeigneten Stelle in verschiedenster Art und Größe errichtet werden. Möglicherweise liegen aber schon Pläne oder zumindest Planvorstellungen für das betreffende Gebiet, etwa hinsichtlich seiner Erschließung als Vorstadt, vor, die durch eine ungeeignete Bebauung durchkreuzt oder zumindest erschwert würden. Hier kann die Gemeinde durch vorherige Übernahme von Baulasten eine unkontrollierte Bebauung verhindern und Art, Maß und Umfang der baulichen Nutzung im voraus ordnen.

Ein weiterer, noch wichtigerer Fall: die Erschließung von neuen Industriegebieten. Oft erfolgt die Erschließung von neuen Industriegebieten ohne einen detaillierten Bebauungsplan, meist einfach deshalb, weil sich die Art, Größe und baulichen Erfordernisse der anzusiedelnden Betriebe noch nicht im einzelnen vorausbestimmen lassen. Auch hier ist nach Überlassung des Geländes die Entscheidung über die weitere bauliche Entwicklung dem Einfluß der Gemeinde entzogen, da sich die Zulässigkeit der Bauvorhaben wiederum ausschließlich nach den Baugesetzen und nicht nach den etwaigen späteren Wünschen der Gemeinde richtet¹⁾. Gerade in derartig wichtigen Fällen hat die Gemeinde aber ein wesentliches Interesse, zumindest bestimmte Global- oder Mindestfestsetzungen zu treffen, die zwar nicht die Detailliertheit

1) Es sei denn, die Gemeinde erläßt später einen Bebauungsplan. Ein Bebauungsplan erfordert aber einmal eine jahrelange Vorbereitung und zum anderen löst er möglicherweise Entschädigungsansprüche aus.

eines Bebauungsplans erreichen, andererseits aber auch nicht wie die Festsetzungen eines bloßen Flächennutzungsplans unverbindlich sind. Die Möglichkeit dazu bietet wiederum die Baulast; dank deren Vielseitigkeit und Flexibilität kann die Gemeinde die im jeweiligen Einzelfall zweckmäßigen und angebrachten verbindlichen Festsetzungen treffen.

4. Die vierte Fallgruppe schließlich umfaßt die Anwendungsmöglichkeit der Baulast als Mittel zur Sicherung vertraglich übernommener, baurechtlich relevanter Verpflichtungen. Durch die Übernahme von Baulasten können bestehende vertragliche Verpflichtungen öffentlich-rechtlich, dinglich gesichert werden. Die Baulast bezweckt in diesen Fällen folglich nicht die Schaffung einer neuen Verbindlichkeit, sondern die Sicherung einer bereits vorhandenen.

a) Der Vorteil einer zusätzlichen baulastmäßigen Sicherung liegt auf der Hand. Erstens läßt sich eine bloß vertragliche Verpflichtung nur im Klagewege, also nur durch ein langwieriges gerichtliches Verfahren, durchsetzen, während die Baulast einseitig im Wege der behördlichen Verfügung erzwungen werden kann. Zweitens bindet eine vertragliche Vereinbarung im Gegensatz zur Baulast immer nur die daran beteiligten Parteien, nicht aber deren Rechtsnachfolger. Ihre Erfüllung ist daher nicht gesichert, zumal ihre Nichterfüllung mangels eines meßbaren materiellen Schadens häufig nicht zu Schadensersatzansprüchen führt und der Verpflichtete deshalb bei einer günstigen Gelegenheit kaum vom Weiterverkauf des Grundstücks absehen wird. Und drittens können vertragliche Verpflichtungen durch Anfechtung, Rücktritt, Kondiktion etc. entfallen, Baulasten dagegen nur in beschränktem Umfang¹⁾. Die zusätzliche Übernahme der Baulast durch den Verpflichteten gewährt dem Berechtigten also eine ungleich günstigere Rechtsposition als er allein auf Grund des vertraglichen Anspruchs besitzt.

b) Gesichert werden können sowohl Verpflichtungen, die auf öffentlich-rechtlichen wie solche, die auf privatrechtlichen Verträgen beruhen. Praktisch am häufigsten dürfte bisher die

1) Siehe oben § 17 II 3 b (S. 142 ff.).

Sicherung von Verpflichtungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge¹⁾ zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einem Grundeigentümer sein, insbesondere die Sicherung von sogenannten Baudispensverträgen²⁾. Ein gutes Anschauungsbeispiel dafür bietet etwa eine Baulast, die eine zur Erlangung eines Dispenses eingegangene vertragliche Verpflichtung zur Anlegung von Stellplätzen auf einem Nachbargrundstück sichert³⁾. Jedoch finden sich außer den Baudispensverträgen noch weitere sehr wichtige Anwendungsfälle wie folgendes praktische Beispiel⁴⁾ zeigt: Der Eigentümer eines in einem sandigen Kiefern- und Heidegebiet in der Nähe einer im Bau befindlichen Autobahn liegenden Grundstücks beantragte bei der zuständigen Kreisverwaltung die Genehmigung, große Mengen Sand aus dem Grundstück entnehmen zu dürfen, um sie an die am Autobahnbau beteiligten Firmen zu verkaufen. Die Verwaltung hatte Bedenken, die Genehmigung ohne weiteres zu erteilen, da die Sandentnahme einen erheblichen Eingriff in die Landschaft darstellte und eine den Erfordernissen des Landschaftsschutzes entsprechende Wiederherstellung des Geländes nicht gewährleistet war. Nach längeren Verhandlungen schloß sie daher mit dem Eigentümer einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, worin sie sich zur Erteilung der Genehmigung und der Eigentümer sich zu einer bestimmten Wiederherstellung des Geländes, zur Anlegung und Unterhaltung eines öffentlichen Camping- und Erholungsplatzes sowie zur Duldung einer öffentlichen Badeanstalt an dem durch die Sandentnahme ent-

-
- 1) Die Zulässigkeit subordinationsrechtlicher öffentlich-rechtlicher Verträge war lange umstritten, wird jedoch heute ganz überwiegend bejaht. Auf die Einzelheiten braucht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht eingegangen zu werden. Vgl. Wolff I § 44 II und das dort aufgeführte Schrifttum.
 - 2) Zur Zulässigkeit, Bedeutung und dem Rechtscharakter von Baudispensverträgen siehe im einzelnen Elmar Schulze, Baudispensverträge, Stuttgart 1964.
 - 3) Dieser Fall überschneidet sich mit Fällen der Untergruppe 1 a).
 - 4) Das Beispiel verdankt der Verfasser Herrn Oberkreisdirektor Dr. Fechtrup vom Landkreis Münster, vgl. das von demselben in DVBl. 63/614 gebrachte ähnliche Beispiel.

stehenden See verpflichtete. Sämtliche Verpflichtungen des Eigentümers wurden durch entsprechende Baulasten gesichert. Auf diese Weise schlug man vier Fliegen mit einer Klappe: Der Eigentümer konnte sein Grundstück ohne Beeinträchtigung der Landschaft äußerst gewinnbringend nutzen; der Autobahnbau verbilligte sich, für die Allgemeinheit wurde auf Dauer ein größeres Ferien- und Erholungsgebiet geschaffen und die Verwaltung ersparte beträchtliche Kosten¹⁾.

Weiterhin können, wie gesagt, auch baurechtliche Verpflichtungen aus privatrechtlichen Verträgen baulastmäßig gesichert werden. Auch hier kommen in erster Linie Verträge zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einem Grundstückseigentümer in Betracht²⁾. Meist wird es sich ebenfalls um Grundstücksveräußerungs- oder -erwerbsverträge handeln. Zur Illustration wiederum ein Beispiel: Zur Verbreiterung einer gemeindlichen Hauptstraße muß ein in die Straße hineinragender Grundstücksteil erworben und das darauf stehende Gebäude abgebrochen werden. Um ein langwieriges Enteignungsverfahren zu vermeiden, einigt sich die Gemeinde mit dem Eigentümer über den Ankauf gegen anderweitige Entschädigung, wobei sich der Eigentümer baulastmäßig verpflichtet, das Gebäude bis zum Beginn der kurz bevorstehenden Straßenbauarbeiten abzureißen. Die Baulast stellt in diesem Fall also die rechtzeitige Beseitigung des Gebäudes - notfalls im Wege der Ersatzvornahme - sicher und sichert damit gleichzeitig den termingerechten Beginn der Bauarbeiten.

1) Das Beispiel dürfte die Zweckmäßigkeit öffentlicher Verträge und die Unzulänglichkeit lediglich einseitiger Verwaltungsmaßnahmen augenfällig demonstrieren. Der in der Wissenschaft noch vereinzelt anzutreffende Widerstand gegen die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge wirkt angesichts der Erfordernisse der Praxis wirklichkeitsfremd.

2) Dagegen scheiden Verträge ausschließlich zwischen Privatleuten (sofern sie nicht auf die Ermöglichung von Bauvorhaben gerichtet sind) regelmäßig aus, da eine baulastmäßige Sicherung von daraus resultierenden Verpflichtungen die Kongruenz des öffentlichen und des privaten Interesses voraussetzt und die Baulast vom Anspruchsberechtigten nicht durchgesetzt werden kann.

III. Vergleich mit der Dienstbarkeit¹⁾

Verschiedentlich war die Einführung der Baulast mit der Behauptung angegriffen worden, sie sei überflüssig, da mit Hilfe von Dienstbarkeiten dieselben Zwecke erreicht werden könnten. Dienstbarkeiten seien, so wurde behauptet, ebenso gut wie Baulasten in der Lage, einen im öffentlichen Interesse liegenden Zustand auf Dauer zu sichern; der Einführung der Baulast und des Baulastenverzeichnisses bedürfe es daher nicht.

Bei einem näheren Vergleich zwischen Baulast und Dienstbarkeit läßt sich diese Behauptung nicht aufrechterhalten. Einmal kann eine Dienstbarkeit nur auf ein Dulden oder Unterlassen, nicht dagegen auf ein positives Tun gerichtet sein; soweit eine ein positives Tun beinhaltende Baulast in Frage steht, erübrigt sich daher eine Diskussion über ihre etwaige Ersetzbarkeit durch Dienstbarkeiten von vorneherein. Weiterhin können Dienstbarkeiten nur als Grunddienstbarkeiten oder als beschränkte persönliche Dienstbarkeiten übernommen werden; sie setzen also entweder ein unmittelbar begünstigtes Grundstück oder eine unmittelbar begünstigte Person voraus. Das begünstigte Grundstück ist aber meist ein Privatgrundstück und die begünstigte Person eine Privatperson. Solche Dienstbarkeiten sind jedoch für baurechtliche Zwecke wenig geeignet, denn sie gewährleisten keine dauerhafte Sicherung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zustandes, da sie jederzeit durch einseitige Erklärung des Berechtigten und Löschung des Rechts im Grundbuch²⁾ aufgehoben werden können³⁾. Weiterhin genügt die Dienstbarkeit wegen ihrer schwerfälligen Durchsetzbarkeit nicht immer den Erfordernissen einer einsatzfreudigen Verwaltung, und schließlich ist

1) Über die Verwendbarkeit von Dienstbarkeiten als Mittel zur baulichen Ordnung grundlegend Zopfs, Dienstbarkeiten; Dittus, NJW 54/1825 ff.

2) § 875 I BGB.

3) Hierauf war schon früher mit Recht vielfach hingewiesen worden, z.B. bei Gauß, Bauordnung S. 44; Redlich, Nützlichkeit Sp. 2; Begründung zum Entwurf von 1923 Sp. 5; Begründung zum Entwurf von 1925 Sp. 1; Scheerbarth § 162 S. 421; Dittus, Baurecht S. 268; Füsslein, DVBl. 63/271.

die Dienstbarkeit zur Regelung baurechtlicher Zustände schon deshalb ungeeignet, weil Baugenehmigungen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift "unbeschadet privater Rechte Dritter" also ohne Rücksicht auf etwa bestehende Privatrechte erteilt werden¹⁾.

Diese Argumente dürften genügen, um die Vorzüge der Baulast gegenüber der Dienstbarkeit hinreichend zu veranschaulichen. Die Dienstbarkeit kann keineswegs auch nur annähernd dasselbe wie die Baulast leisten. Nicht nur setzt die Baulast weniger voraus als die Dienstbarkeit, sondern sie ist ihr auch an inhaltlicher Vielseitigkeit, Flexibilität, administrativer Durchsetzbarkeit und Bestandssicherheit weit überlegen. Hinzu kommt ihre spezifische Eignung für die Zwecke des Baurechts, die der Dienstbarkeit als privatrechtlichem Institut ebenfalls fehlt. Die Baulast ist also nicht nur nicht überflüssig, sondern, wie die vielen, der Dienstbarkeit unzugänglichen Anwendungsfälle beweisen, sogar erforderlich. Genau das Gegenteil trifft demnach zu: Es gibt keine baurechtlichen Funktionen der Dienstbarkeit, die nicht durch eine Baulast, wohl aber Funktionen der Baulast, die nicht durch eine Dienstbarkeit erfüllt werden können. Die Baulast umfaßt das gesamte Spektrum möglicher baurechtlicher Verpflichtungen, die Dienstbarkeit dagegen nicht. Nicht die Baulast ist daher im Baurecht überflüssig, sondern die Dienstbarkeit. Was immer bislang die Rolle der Dienstbarkeit als Mittel der baulichen Ordnung gewesen sein mag²⁾, sie ist ausgespielt; die Baulast hat die Dienstbarkeit³⁾ verdrängt.

IV. Zusammenfassende Beurteilung

Alle früher oder noch heute gegen die Baulast vorgebrachten Einwände: sie sei überflüssig, schaffe Rechtsunsicherheit,

1) Siehe oben § 19 II 3 a) (S. 155 f. Fn. 2).

2) Über die früher erhebliche Verwendung von Dienstbarkeiten als Mittel der baulichen Ordnung vgl. Zopfs a.a.O. S. 8 ff. mwN über Rechtsprechung und Literatur.

3) Zopfs selbst a.a.O. S. 49 bezeichnet die Baulast als "die beste Lösung".

gefährde die Gläubiger und erschwere den Realkredit, haben sich somit als unzutreffend erwiesen. Einzig das Argument, die Baulast bedinge einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand, besitzt eine gewisse Berechtigung. Dieser Nachteil fällt jedoch kaum ins Gewicht. Einmal ist die Anlegung und Führung des Baulastenverzeichnisses einfach und verursacht nur geringe Mehrarbeit, weil jedes Grundstück erst bei der ersten Eintragung ein Baulastenblatt erhält. In der Praxis benötigen die Bauaufsichtsbehörden daher für die Führung des Baulastenverzeichnisses auch keinen besonderen Sachbearbeiter. Zum anderen ist dieser Nachteil gegenüber den unbestreitbaren Vorteilen verschwindend gering. Die Vielfalt der Anwendungsmöglichkeiten der Baulast wurde schon dargestellt. Die Baulast stellt nicht nur ein wichtiges und verfassungsmäßig erforderliches Mittel zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit, sondern auch ein hervorragendes, wenn gleich bisher noch nicht oder nur in beschränktem Maße eingesetztes Mittel für unmittelbare Zuwendungen an die Allgemeinheit, zur Sicherung der Planung und künftigen baulichen Gestaltung sowie zur Erfüllung von im öffentlichen Interesse liegenden vertraglichen Verpflichtungen dar. Ihre potentielle Bedeutung geht über ihre gegenwärtige weit hinaus. Wenn die Baulast und ihre Anwendungsmöglichkeiten erst einmal weiter bekannt sein werden, ist mit einer erheblichen Zunahme der Baulasten zu rechnen. Diese Entwicklung ist nicht zuletzt deshalb zu begrüßen, weil die Baulast ausschließlich auf dem freien Willen des Unternehmers beruht und es den Beteiligten überlassen bleibt, ihre An gelegenheiten, soweit (auch) im öffentlichen Interesse, selbst zu ordnen. Damit wird Raum für Privatinitiative geschaffen, das starre System des Baurechts aufgelockert und doch gleichzeitig das öffentliche Interesse gefördert. Insgesamt gesehen stellt die Baulast deshalb ein sehr bedeutendes, vielseitiges und zweckmäßiges Rechtsinstitut dar, dessen Aufnahme und gegenwärtige Regelung in den Landesbauordnungen einen echten Fortschritt bedeutet.

§ 20 Die Dogmatik der Baulast

I. Die dogmatischen Charakteristika

1. Nach Abschluß der systematischen Abhandlung sind die dogmatischen Charakteristika der Baulast aufzuzeigen. Im einzelnen hat die Untersuchung folgende Merkmale der Baulast ergeben:

a) Die Baulast ist eine öffentlich-rechtliche, und zwar baurechtliche und damit materiell polizeirechtliche Verpflichtung. Sie entsteht durch die freiwillige Erklärung des Übernehmers, beruht also auf einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung. Erfüllungsschuldner sind der Unternehmer bzw. seine jeweiligen Rechtsnachfolger. Soweit die Baulast vom Eigentümer übernommen wird, ruht sie als dingliche¹⁾ Last mit absoluter Wirkung auf dem Grundstück. Im Verhältnis zu dinglichen oder obligatorischen Gläubigern in bezug auf das Grundstück gilt das Prioritätsprinzip.

b) Die Baulast wird in das Baulastenverzeichnis eingetragen, jedoch hat die Eintragung keine konstitutive, sondern nur eine deklaratorische Wirkung.

c) Die Durchsetzung der Baulast erfolgt wie die jeder anderen polizeilichen Verpflichtung durch Verfügung und ggf. durch die Zwangsmittel der Verwaltungsvollstreckungsgesetze; zuständig dafür ist die Bauaufsichtsbehörde.

d) Der Untergang der Baulast tritt ein bei behördlichem Verzicht oder Vorliegen eines der normalen für Willenserklärungen geltenden Erlöschungsgründe; letztere gelten nicht,

1) Bei Zugrundelegung der doppelten Sachzuordnung als Kriterium der Dinglichkeit (so die h.M., vgl. z.B. Wolff I § 40 III c 3; Erman-Westermann, Einleitung vor § 854 Anm. 2; Westermann, Sachenrecht § 2 I): der Schuldner der der Bauaufsichtsbehörde zugeordneten Baulast wird durch das Eigentum an dem belasteten Grundstück (also Sachzuordnung) bestimmt.

falls bei Wegfall der Baulast ein rechtswidriger Zustand eintreten würde.

Gegenüber sonstigen polizeilichen Verpflichtungen weicht die Baulast demnach in vierfacher Hinsicht ab: hinsichtlich ihrer Entstehung, ihrer Publizität, der Geltung des Prioritätsprinzips und ihres Untergangs. Alle anderen polizeilichen Verpflichtungen beruhen auf dem Gesetz oder Rechtsverordnungen, sind nicht publik, wirken auch gegenüber einem zeitlich früheren Gläubiger oder Inhaber der tatsächlichen Gewalt und können nur bei Wegfall der Ermächtigungsgrundlage oder der sie bedingenden tatsächlichen Voraussetzungen erlöschen. Trotz dieser Abweichungen wird der polizeirechtliche Charakter der Baulast jedoch nicht in Frage gestellt, da sie hinsichtlich wesentlicher Merkmale wie ihrer Wirkung und Durchsetzbarkeit den sonstigen polizeilichen Verpflichtungen entspricht.

2. Darüber hinaus weist die Baulast noch eine weitere Besonderheit auf. Definitionsgemäß ist sie eine "sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergebende Verpflichtung", also eine Verpflichtung, die zu den das jeweilige Grundstück betreffenden gesetzlichen Verpflichtungen hinzutritt. Die unmittelbare Wirkung der Baulast besteht demnach darin, den bereits bestehenden Verpflichtungen eine weitere hinzuzufügen. Dieses Hinzutreten einer weiteren Verpflichtung hat jedoch nicht notwendigerweise eine Erweiterung oder Ergänzung der bestehenden baurechtlichen Verpflichtungen insgesamt zur Folge. Das kann der Fall sein (wie insbesondere dann, wenn die Baulast als Mittel zur Sicherung der Planung und künftigen baulichen Gestaltung eingesetzt wird), braucht es aber nicht.

a) Eine Erweiterung oder Ergänzung der bestehenden baurechtlichen Verpflichtungen tritt zum Beispiel nicht ein, wenn die Baulast zur Ermöglichung von Bauvorhaben verwendet wird. Übernimmt, um wieder das Schulbeispiel zu benutzen, der Eigentümer zugunsten des Nachbarn eine Bauwichbaulast, so

wird dadurch zwar insofern eine neue Verpflichtung geschaffen, als der Eigentümer nunmehr einen Seitenstreifen, den er früher bebauen durfte, nicht mehr bebauen darf. Andererseits hat aber nunmehr der Nachbar das Recht, entgegen der gesetzlichen Vorschrift auf seinem Grundstück im Bauwich zu bauen. Die Baulast bewirkt in diesem Fall also nichts anderes, als daß eine ihr entsprechende gesetzliche Verpflichtung auf dem Nachbargrundstück nicht eingehalten zu werden braucht; die gesetzliche Norm in bezug auf das Nachbargrundstück wird substituiert und das mit ihr verfolgte öffentliche Interesse statt dessen durch die Baulast gesichert.

b) Weiterhin kann die Baulast statt einer Normenergänzung oder Normensubstitution eine Normenmodifikation bewirken. Ein solcher Fall liegt etwa in dem gesetzlich ausdrücklich geregelten Beispiel hinsichtlich der Stellplatzpflicht vor. Wenn sich der Bauherr baulastmäßig verpflichtet, die erforderlichen Stellplätze nicht auf dem Baugrundstück selbst, sondern auf einem in der Nähe gelegenen anderen Grundstück anzulegen, so wird durch eine derartige Baulast die gesetzliche Stellplatzpflicht zwar nicht aufgehoben, wohl aber inhaltlich verändert; die Wirkung der Baulast besteht hier also in der Abänderung einer bestehenden gesetzlichen Verpflichtung.

Die Baulast kann demnach außer ihrer Primärwirkung, der Schaffung einer neuen Verpflichtung, noch eine Sekundärwirkung auf die bestehenden Normen haben. Auf dieser Sekundärwirkung beruht bisher weitgehend ihre praktische Bedeutung. In der Praxis werden Baulasten schließlich nicht um ihrer selbst willen übernommen, sondern regelmäßig deshalb, weil der Übernehmer oder ein anderer einen Vorteil davon haben soll. In allen Fällen, in denen die Baulast der Ermöglichung von Bauvorhaben, der Abwehr behördlicher Maßnahmen oder der Erlangung von Genehmigungen dient, beruht ihre Wirksamkeit auf dem Substitutions- bzw. Modifikationseffekt. Die Bau-

last gibt dem Betroffenen erstmalig ein Mittel in die Hand, eine zwingende Norm durch eine gewillkürte Regelung zu ersetzen oder zu modifizieren. Nicht das Gesetz, sondern die Baulast ist dann maßgebend; sehr treffend hatte man daher schon im sächsischen Recht die Baulast als das "Gesetz des Einzelfalls" bezeichnet¹⁾.

II. Die Arten der Baulasten

Die Baulasten lassen sich nach verschiedenen Gesichtspunkten einteilen. So kann man unterscheiden²⁾:

- 1) Nach dem Inhalt: Baulasten, die ein Tun, Dulden oder Unterlassen beinhalten,
- 2) nach der Person des Übernehmers: Baulasten des Eigentümers bzw. des Inhabers der tatsächlichen Gewalt,
- 3) nach dem Vorhandensein bzw. Fehlen eines Kausalverhältnisses: selbständige und unselbständige Baulasten,
- 4) nach dem Zusammenhang bzw. Fehlen eines Zusammenhangs mit einem konkreten Bauvorhaben: abhängige oder unabhängige (indepedente) Baulasten,
- 5) nach der zeitlichen Wirkung: Baulasten, die sich in einmaliger Befolgung erschöpfen und Baulasten mit Dauerwirkung,
- 6) nach dem verfolgten Zweck: selbst-, dritt- und allgemeinheit begünstigende Baulasten,
- 7) nach der (Sekundär)Wirkung: normenergänzende, normsubstituierende und normmodifizierende Baulasten.

III. Die Einordnung in das System der öffentlichen Lasten

1. Schließlich bleibt noch die Einordnung in das System der öffentlichen Lasten übrig. Sie bereitet trotz der relativen

1) Amtliche Begründung zu § 2 des Allgemeinen Baugesetzes, zitiert in: sächsOVG 13/211.

2) In Anlehnung an die Einteilungskriterien für Verwaltungsakte von Wolff I § 47.

Undifferenziertheit der bisherigen Systematik gewisse Schwierigkeiten. Wie schon eingangs¹⁾ erwähnt, unterscheidet man nach der Art des gebotenen Verhaltens im wesentlichen zwischen öffentlichen Lasten, die Verpflichtungen zu verschiedenen Arten von Geld-, Dienst- und Sachleistungen beinhalten und sogenannten verwaltungsrechtlichen Dienstbarkeiten. Es bestehen also nur zwei Hauptkategorien, wobei die Baulast, soweit sie überhaupt Erwähnung findet, der zweiten Kategorie zugerechnet wird.

Diese Einordnung befriedigt jedoch in mehrfacher Hinsicht nicht. Einmal befriedigt ihre (ausschließliche) Bezeichnung als Dienstbarkeit nicht, da nach feststehender zivilrechtlicher Dogmatik eine Dienstbarkeit gerade nicht in einem positiven Tun bestehen kann. Soweit die Baulast auf ein positives Tun gerichtet ist, trifft ihre Bezeichnung als Dienstbarkeit also nicht zu. Zum anderen entspricht die Baulast in diesen Fällen materiell einer Dienst-, Geld- oder Sachleistungslast und ist daher nicht in die zweite, sondern in die erste Kategorie von öffentlichen Lasten einzuordnen. Schließlich befriedigt, auch soweit die Baulast ein Dulden oder Unterlassen beinhaltet, ihre Einreihung in die Gruppe der verwaltungsrechtlichen Dienstbarkeit nicht, weil sie mit den unter dieser Bezeichnung zusammengefaßten Lasten nur wenig gemein hat. Von diesen Lasten unterscheidet sie sich sowohl hinsichtlich ihrer Entstehung als auch hinsichtlich ihres Zwecks, ihres möglichen Inhalts und ihrer Publizität - die Baulast ist sogar die einzige freiwillig begründete öffentliche Last mit Publizität überhaupt. Die terminologisch einheitliche Bezeichnung derart verschiedenartiger Lasten trägt deren spezifischen Besonderheiten nicht genügend Rechnung.

2. Auf diesem Hintergrund gewinnt die Baulast noch eine zusätzliche rechtstheoretische Bedeutung. Sie nötigt dazu, bisherige Lehren teilweise zu überprüfen. Dies gilt einmal

1) Siehe oben § 3 I (S. 14 ff.).

hinsichtlich der grundsätzlichen Frage, ob es ein eigenständiges öffentliches Sachenrecht gibt; diese Frage wird man angesichts der weitgehenden Analogie der Baulast zu einer zivilrechtlichen dinglichen Belastung schwerlich (wie bisher zum Teil geschehen¹⁾) kategorisch verneinen können. Sodann gilt dies hinsichtlich des bisherigen Systems der öffentlichen Lasten. Gerade die Tatsache, daß sich die Baulast weder bruchlos in dieses System einordnen läßt, noch daß, soweit sie sich einordnen läßt, ihre Einordnung befriedigt, bietet hinreichenden Anlaß, die bisherige Systematik zu überdenken und zu verfeinern. Die Baulast wirft somit über ihre spezifische Problematik hinaus Fragen auf, die nicht ein Randgebiet, sondern wesentliche Kernstücke des Verwaltungsrechts betreffen. Diese Fragen werden in Zukunft nicht ohne gebührende Berücksichtigung der Baulast gelöst werden können. Das macht die Baulast in wissenschaftlicher Hinsicht zusätzlich besonders reizvoll. Das Rechtsinstitut der Baulast hat daher nicht nur das Baurecht um eine nützliche und sinnvolle Art öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen bereichert, sondern auch neue Perspektiven für die wissenschaftliche Forschung eröffnet.

1) Siehe oben § 2 III (S. 10 ff.).

§ 21 Zusammenfassung

I. Eine Baulast ist eine freiwillig übernommene baurechtliche Verpflichtung zu einem ein Grundstück betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen. Sie wird in ein sogenanntes Baulastenverzeichnis eingetragen. Dogmatisch stellt sie die einzige freiwillig übernommene dingliche öffentlich-rechtliche Last mit Publizität dar. In das bisherige System der öffentlich-rechtlichen Lasten läßt sie sich nicht bruchlos einordnen.

II. Als Baulast können sowohl bauordnungsrechtliche wie bauplanungsrechtliche Verpflichtungen übernommen werden. Die Übernahme setzt keinen Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben oder -verfahren voraus.

III. Die Anwendungszwecke der Baulast sind vielfältig. Die Baulast kann zur Ermöglichung von Bauvorhaben, Abwendung behördlicher Maßnahmen, Erlangung von Teilungs- und Auflassungsgenehmigungen, zur Begünstigung der Allgemeinheit, als Mittel zur Sicherung der Planung und künftigen baulichen Gestaltung sowie zur Sicherung von vertraglichen Verpflichtungen dienen. Von diesen zum Teil noch nicht oder nicht voll erkannten Möglichkeiten hat die Praxis bisher erst einen verhältnismäßig geringen Gebrauch gemacht.

IV. Die Baulast kann entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur vom Eigentümer des Grundstücks, sondern auch von einem Erbbauberechtigten sowie einem sonstigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt (Mieter, Pächter, Nießbraucher) im Rahmen seines Rechtes übernommen werden.

V. Die Verpflichtung des Baulastübernehmers entsteht durch die einseitige Übernahmeerklärung, nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag. Auf die Übernahmeerklärung finden weitgehend die für zivilrechtliche Willenserklärungen geltenden Regeln Anwendung. Ausnahmen ergeben sich teilweise hinsichtlich des Erfordernisses der Verfügungsbefugnis, der Formbedürftigkeit einer Vollmacht und der Anfechtbarkeit der Erklärung.

VI. An der Übernahme der Baulast muß ein öffentliches Interesse bestehen. Als öffentliches Interesse in diesem Sinne kommen alle Arten von öffentlichen Interessen, nicht nur baurechtliche, in Betracht. Ob jeweils ein öffentliches Interesse vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

VII. Die Eintragung in das Baulastenverzeichnis hat lediglich deklaratorische Wirkung. De lege ferenda ist eine konstitutive Wirkung vorzuziehen. Bei der Entgegennahme und Eintragung der Baulast steht der Bauaufsichtsbehörde (Gemeinde) weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum zu. Zur Entgegennahme und Eintragung der Baulast bedarf es keiner Zustimmung etwaiger dinglicher oder obligatorischer Gläubiger in bezug auf das belastete Grundstück.

VIII. Die Baulast ist abstrakt. Ihr braucht kein (einseitiges oder zweiseitiges, öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches) Schuldverhältnis zugrunde zu liegen. Liegt ein Schuldverhältnis zugrunde, so bleibt die Wirksamkeit der Baulast von dessen Wirksamkeit unberührt.

IX. Die wirksam entstandene Baulast hat dieselben Wirkungen wie eine gesetzliche Polizeipflicht. Sie wird durch Verfügung der Bauaufsichtsbehörde und gegebenenfalls mit den verwaltungsrechtlichen Zwangsmitteln durchgesetzt. Von ihr kann wie von einer sonstigen baurechtlichen Verpflichtung ein Dispens erteilt werden.

X. Die Baulast wirkt auch gegenüber dem Rechtsnachfolger. Rechtsnachfolger in diesem Sinne ist der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks bzw., falls die Baulast von einem Inhaber der tatsächlichen Gewalt übernommen ist, derjenige, der später die tatsächliche Gewalt über das Grundstück erlangt und sein Recht dazu von dem früheren Inhaber der tatsächlichen Gewalt ableitet.

XI. Im Verhältnis zwischen der Baulast und sonstigen an dem belasteten Grundstück bestehenden Rechten gilt das Prioritätsprinzip. Eine nachrangige Baulast kann daher nicht durchgesetzt werden, soweit sie ein vorrangiges Recht beeinträchtigen oder vereiteln würde.

XII. Die Baulast erlischt durch Erfüllung, Unmöglichkeit, Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, Ausfall in der Zwangsversteigerung, Anfechtung und behördlichen Verzicht. Die Anfechtung ist jedoch ausgeschlossen, wenn auf Grund der Baulast schon etwas ins Werk gesetzt worden ist und bei Wegfall der Baulast ein rechtswidriger Zustand eintreten würde. Bei Mängeln des etwaigen Kausalverhältnisses kann der Baulastverpflichtete nach den §§ 346 ff., 812 ff. BGB analog den Verzicht der Bauaufsichtsbehörde auf die Baulast verlangen; es gelten jedoch dieselben Einschränkungen wie bei der Anfechtung.

XIII. Insgesamt gesehen bildet die Baulast eine wissenschaftlich reizvolle und praktisch sehr bedeutsame Bereicherung des Baurechts.

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 5. September 1942 in Hildesheim als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Busso Peus; ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Volksschule besuchte ich das Staatliche humanistische Gymnasium Paulinum in Münster. Im Jahre 1960/61 (Unter-/Oberprima) verbrachte ich ein Jahr an der privaten Milwaukee Country Day School in Milwaukee/Wis. USA, von der ich im Juni 1961 graduierte. Im März 1962 legte ich am Gymnasium Paulinum die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1962 begann ich mit dem juristischen Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Im Sommersemester 1962/63 studierte ich in Lausanne, im Sommersemester 1963 in Berlin, danach wieder in Münster.

Am 6.8.1966 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. September 1966 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Münster, im Juli 1969

